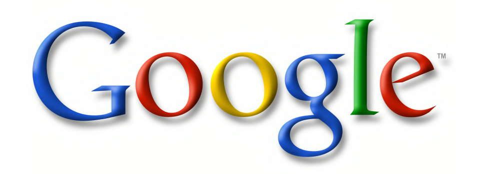


Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

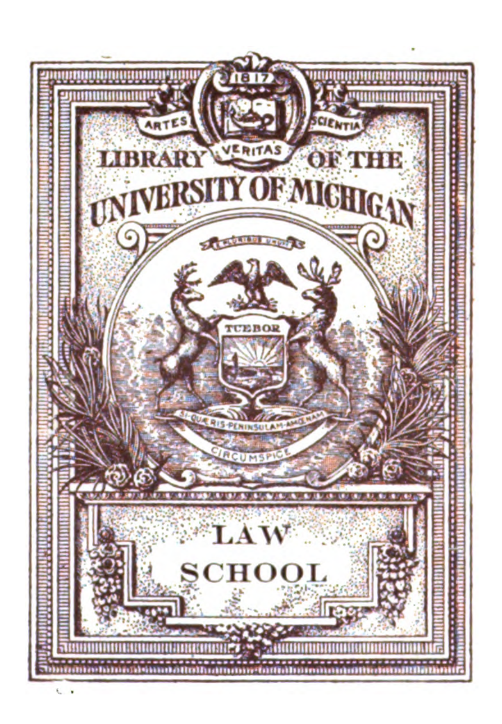
Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. Regierungsrat, im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.




10. Jahrgang
1914




1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUÆRIS PENINSULAM AMŒNAM
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL


Digitized by Google

Zeitschrift für Rechtspflege

in Bayern

Herausgegeben von

Th. von der Pfordten
Kgl. Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz.

X. Jahrgang 1914.



1914.
München, Berlin und Leipzig.
J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Druck: Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier), München-Freising.

Inhaltsverzeichnis zum Register.

I. Systematisches Verzeichnis.

A. Abhandlungen.

	Seite
1. Bürgerliches Recht. Handelsrecht	IV
2. Zivilprozeß. Konkursverfahren. Zwangsvollstreckung	IV
3. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Grundbuchwesen	IV
4. Strafrecht. Strafprozeß	IV
5. Staatsrecht	V
6. Verwaltungsrecht	V
7. Justizverwaltung	V
8. Finanzwesen	V
9. Allgemeines	V

B. Kleine Mitteilungen.

1. Bürgerliches Recht	V
2. Handelsrecht	V
3. Zivilprozeß. Zwangsvollstreckung	V
4. Freiwillige Gerichtsbarkeit	V
5. Gerichtskosten, Gebühren, Stempel	V
6. Strafrecht	VI
7. Strafprozeß	VI
8. Verwaltungsrecht	VI
9. Justizverwaltung	VI

C. Rechtsprechung.

1. Bürgerliches Recht	VI
A. Reichsrecht	VI
a) Allgemeiner Teil	VI
b) Recht der Schuldverhältnisse	VII
1. Allgemeiner Teil	VII
2. Einzelne Schuldverhältnisse	VII
c) Sachenrecht	VIII
d) Familienrecht	VIII
e) Erbrecht	IX
f) Einführungs- und Uebergangsrecht	IX
B. Landesrecht	IX
2. Handelsrecht. Gesellschaftsrecht	IX
3. Gewerberecht	X
4. Gerichtsverfassung	X
5. Zivilprozeß	X
6. Konkursverfahren. Zwangsversteigerung	XI
7. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Zwangserziehung	XI
8. Grundbuchwesen	XII
9. Gerichtskosten. Gebühren	XII
10. Strafrecht	XII
A. Reichsrecht	XII
a) Strafgesetzbuch	XII
b) Nebengesetze	XIII
B. Landesrecht	XIII
11. Strafprozeß	XIV
12. Staatsrecht und Verwaltungsrecht	XIV

D. Gesetzgebung und Verwaltung.

1. Gesetzgeberische Maßnahmen aus Anlaß des Krieges	XIV
2. Bürgerliches Recht	XIV
3. Handels-, Wechsel- und Scheckrecht	XIV
4. Zivilprozeß	XIV
5. Strafrecht	XIV
6. Gerichtsverfassung	XIV
7. Gebühren	XIV
8. Versicherungsrecht	XIV
9. Kirchenrecht	XV
10. Staatsrecht und Verwaltung	XV
11. Verkehrswesen	XV
12. Militärverwaltung	XV
13. Justizverwaltung	XV
14. Statistik	XV
15. Internationales Recht	XV

E. Sprachecke. XV

II. Alphabetisches Verzeichnis XVI

III. Verzeichnis der Gesetzesstellen.

A. Reichsgesetze	XXIV
B. Landesgesetze	XXVIII
C. Anhang	XXIX

IV. Verzeichnis der Mitarbeiter XXX

V. Besprochene Bücher und Zeitschriften XXXI

I. Systematisches Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A. Abhandlungen.

1. Bürgerliches Recht. Handelsrecht.

Die Haftung des Staates für Angehörige des bayerischen Heeres. Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz Theodor von der Pfordten 7

Eigentum am Ueberbau. Amtsrichter Aug. Schmitt in München 58

Eigentumsverhältnisse beim Bau auf der Grenze. Reichsgerichtsrat L. Busch in Leipzig 157

Zur Rechtsprechung über die Kommunmauern. Rechtsanwalt Dr. Georg Nützel in München 179

Die drei Hauptfragen des Kommunmauerrechts. Justizrat Rechtsanwalt Dr. Karl Buhmann in München 197, 223

Rechtsnatur und Ablösung der neurechtlichen Münchener Gemeinschaftsmauer. Landgerichtsrat Heinrich Lieberich in München 237, 260, 290

Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Verträge mit sog. Automatenfirmen. Rechtsanwalt Dr. Otto Sipp in München 225

Studien zur Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts. Dr. jur. Peter Klein, Privatdozent an der Universität Königsberg i. Pr. 313

Einfluß des Krieges auf Rechte und Verbindlichkeiten des Bürgerlichen Rechts. Reichsgerichtsrat Karl Mansfeld in Leipzig 349

Wohnsitz, Wohnung und Geschäftslokal der Militärpersonen während des Krieges. Landgerichtsrat Joseph Schiedermair in München 353

Die Novelle zum Handelsgesetzbuche. Landgerichtsrat A. Bedall in München 365

Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft. Dr. Hermann Wein, Notariatspraktikant in München 417

Unwirksamkeit und Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Oberlandesgerichtsrat Dr. Wilhelm Silberschmidt in Zweibrücken 133, 160

Ist die Hypothek auf einem im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücke eine Gesamthypothek? Amtsrichter Dr. Emil Höchstädter in München 92

Die zwangsweise Verwaltung auf Grund des § 1134 BGB. Rechtsanwalt Dr. Fritz Rockstroh in Berlin 118

2. Zivilprozeß. Konkursverfahren. Zwangsvollstreckung.

Sind verkündete amtsgerichtliche Beschlüsse im Parteibetrieb oder von Amts wegen zuzustellen? Amtsrichter Hans Dittrich in München 37

Sind in dem Verfahren vor den Amtsgerichten verkündete Beschlüsse des Gerichts von Amts wegen zuzustellen? Professor, Kgl. Geheimer Rat Dr. L. v. Seuffert in München 57

Die Zustellung von Beschlüssen im amtsgerichtlichen Verfahren. Rechtsanwalt am Kammergericht Dr. Richard Kann in Berlin 113

Beitreibung von Wechselforderungen. Landgerichtsrat Dr. Albert Bittinger in München 203

Bargebotserhöhungen. Amtsrichter Hans Dittrich in München 242, 264

Das Aufrechnungsrecht des Erstehers im Zwangsversteigerungsverfahren. Rechtsanwalt Richard Berolzheimer in München 379

Die Berechnung des pfändbaren Gehaltes oder Lohnes (§ 850 ZPO., §§ 1, 3, 4 LohnBG.). Amtsrichter Dr. Hermann Stepp in Nürnberg 401

Erläuterungen zum Gesetze vom 4. August 1914, betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen. Reichsgerichtsrat Karl Mansfeld in Leipzig 333

Die Zwangsversteigerung aus dem dinglichen und dem persönlichen Vollstreckungstitel. Amtsrichter Dr. Wilhelm Kriener in Landshut 439

3. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Grundbuchwesen.

Zur Frage der Unterschriftsbeglaubigung nach bayerischem Notariatsrechte. Reichsgerichtsrat Gottfried Schmitt in Leipzig 34

Bayerische Eigenarten im Vormundschaftswesen. Amtsrichter Matthias Mayr in München 35

Zu § 22 Abs. 2 der Grundbuchordnung. Landgerichtspräsident Eugen Krafft in Landshut 81

Prüfungspflicht des Registerrichters in Geschmacksmustersachen. Oberamtsrichter Franz Simon in Augsburg 137, 164, 185

Rechtskräftige Urteile und Rechtswidrigkeiten der Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Rechtsanwalt Dr. Eugen Josef in Freiburg i. Br. 294

4. Strafrecht. Strafprozeß.

Konkurrenz von Preßdelikten. Rechtskraftfragen. Zur Auslegung der §§ 73 StGB. und 415 StPO. Professor Dr. Friedrich Oetker in Würzburg 1

Rechtspflege und Irrenfürsorge (Mit 4 bildlichen Darstellungen). Direktor der Heil- und Pflegeanstalt Dr. Gustav Kolb in Erlangen 82

Ueber Strafvollstreckung. Amtsrichter Edmund Fumian in Straubing 114, 143

Der Vorentwurf zu einem Strafvollzugsgesetz. Ministerialrat Dr. Karl Meyer in München 177

Verlesung von Schriftstücken Verstorbener im Strafverfahren. Reichsgerichtsrat Valentin Grimm in Leipzig 258

Verlesung der Aussagen von Kriegsteilnehmern (§ 250 StPO.). Oberlandesgerichtsrat Neumiller in München 393

Zur Auslegung des Art. 92 Ziff. 1 des bayerischen Forstgesetzes. Landgerichtsrat Dr. August Mayer in Memmingen 317

Das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse. I. Staatsanwalt Hahn in München 336, 350

Zur Bildung von Gesamtstrafen. Landgerichtsrat Dr. Jakob Keßler in München 376

Idealkonkurrenz und Aenderung der Strafklage im Standrecht. I. Staatsanwalt A. Zeiler in Zweibrücken 433

5. Staatsrecht.

Straferlaß und Strafmilderung im Dienststrafverfahren des bayerischen Beamtengesetzes. Oberpostinspektor Korzendorfer in Regensburg 201

Straferlaß und Strafmilderung im Dienststrafverfahren des bayerischen Beamtengesetzes. Ministerialrat Dr. Max Reindl in München 217

Der Einfluß des Krieges auf die Wählbarkeit zu Gemeindeämtern. Justizrat Dr. M. Mayer in Frankenthal 414

Ein Beitrag zur Auslegung des bayerischen Fideikommißedikts. Rechtsanwalt Link in Würzburg 395

6. Verwaltungsrecht.

Der Ueberweisungs- und Scheckverkehr der Post. Postrat im Kgl. Bayer. Verkehrsministerium Dr. Arthur Riggl 285

7. Justizverwaltung.

Die neuen Vorschriften für die Behandlung der amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen und die neuen Dienstvorschriften für die Amtsanwälte. Landgerichtsrat Emanuel Habel in München 12

8. Finanzwesen.

Gebührenberechnung beim Erwerb eines Gesellschaftsgrundstückes durch einen Gesellschafter. Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Eßlinger in München 61

Amnestie und Kostenvorschuß. Professor der Rechte Dr. Hermann Rehm in Straßburg i. E. 413

9. Allgemeines.

Senatspräsident von Bayr. Ein Nachruf. Rat am Obersten Landesgerichte Georg Mahler in München 33

Reichsgerichtsrat a. D. Ernst von Schneider. Ein Nachruf. Senatspräsident des Reichsgerichts Christian v. Kolb in Leipzig 257

B. Kleine Mitteilungen.

1. Bürgerliches Recht.

Der sogenannte 1500 Mark-Vertrag. Rechtsanwalt Dr. Haager in Aschaffenburg 18

Ueber die Gültigkeit von sogenannten Scheinabtretungen. Rechtsanwalt Dr. Pfeiffer in Hirschberg i. Schl. 166

Haftung für unrichtige Angaben im Handelsteil der Tageszeitungen. Amtsgerichtsrat Riß in München 188

Eine Frage aus dem Pflegschaftsrecht. Rechtsanwalt Dr. Werner in Bamberg 340

Die Zertrümmerung der im Zwangswege erworbenen Landanwesen durch Güterhändler. Amtsrichter Dr. Zeitler in München 96

Zum Güterzertrümmerungsgesetz. Oberlandesgerichtsrat Gechter in Bamberg 248

Wirkt die Zahlungsfrist des § 1 der Bekanntmachung vom 7. August 1914 auch zugunsten des Bürgen. Kann dieser die Einrede der Vorausklage erheben? Rechtsanwalt Dr. Flierl in Nürnberg 442

2. Handelsrecht.

Zur Ausführung der Verträge der Kreise Unterfranken und Oberfranken mit den Ueberlands-Elektrizitäts-Zentral-Aktiengesellschaften. Hofrat, Rechtsanwalt Dr. Full in Würzburg 17

Der § 243 HGB. bei der gemischten wirtschaftlichen Unternehmung. Geh. Justizrat, Rechtsanwalt Dr. Full in Würzburg 166

3. Zivilprozeß. Zwangsvollstreckung.

Welcher Gerichtsschreiber ist zuständig zur Entgegennahme der nach § 911 ZPO. vorzuschießenden Haft- und Verpflegungskosten? Amtsrichter Dr. Stepp in Nürnberg 19

Form des Schuldnerverzeichnisses nach § 915 ZPO. Rechtsanwalt Levinger in München 41

Sind verkündete amtsgerichtliche Beschlüsse im Parteibetrieb oder von Amts wegen zuzustellen? Amtsrichter Dittrich in München 167

Zulässigkeit der Widerklage trotz Unzulässigkeit der Aufrechnung? Rechtsanwalt Dr. Berlin in Nürnberg 204

Zulässigkeit der Widerklage trotz Unzulässigkeit der Aufrechnung? Rechtsanwalt Dr. Fürnrohr in München 251

Zulässigkeit der Widerklage und des Zurückbehaltungsrechts trotz Unzulässigkeit der Aufrechnung? Rechtsanwalt Dr. Berlin in Nürnberg 424

Anwendbarkeit des § 930 Abs. 3 ZPO. bei Veräußerung gepfändeter Sachen? Wie sind seine Voraussetzungen darzutun? Rechtsanwalt Dr. Lesser in Posen 269

Einiges über Vollstreckungsklauseln der Notare. Amtsrichter Dittrich in München 321

Antragsteller und Hauptsache bei der einstweiligen Verfügung. Rechtsanwalt Landau in Nürnberg 381

Zwischenstreit über den Vollzug der Wandlung. Geh. Justizrat Hofrat Dr. Full, Rechtsanwalt in Würzburg 403

Zwangsvollstreckung auf Grund gemeindlicher Ausstandsverzeichnisse. Oberamtsrichter Schmitt in Klingenberg 268

4. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Zuständigkeit zur Behandlung des Nachlasses eines in Deutschland verstorbenen, aber im Gebiete eines Gerichtskonsuls wohnhaften Deutschen. Rechtspraktikant Werner in München 122

5. Gerichtskosten, Gebühren, Stempel.

Ist der Verweisungsbeschluß des § 697 ZPO. nach § 26 GKG. gebührenpflichtig? 299

Feststellung des Wertes von Anwesen, die teilweise bebaut und teilweise unbebaut sind, im Hinblick auf die Stempelbefreiung nach Tarif 11 letzter Absatz der Spalte 2 des Reichsstempelgesetzes 122

Zu Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 GebG. Amtsrichter Diemayr in München 227

6. Strafrecht.

Vorschläge zu einem Reichsgesetze über den Vollzug der Freiheitsstrafen und sichernden Maßnahmen. Strafanstaltsdirektor Seybold in Landsberg 66

Die Vollstreckung von Freiheitsstrafen an der Stelle uneinbringlicher Restbeträge von Geldstrafen. Amtsgerichtsdirektor Tisch in Neustadt a. d. H. 121

Zu § 264 a StGB. Landgerichtsrat Hagen in Kempten 297

Kann dem amtlichen Vorgesetzten (§ 196 StGB.) die Befugnis zur Veröffentlichung nach § 200 Abs. 1 StGB. zugesprochen werden? Amtsgerichtsdirektor Tisch in Neustadt a. d. H. 355

Eine grundsätzliche Entscheidung zu § 136 StGB. II. Staatsanwalt v. Balta in Passau 356

Der Berichtigungsanspruch des Minderjährigen nach dem Preßgesetz. Begriff der Beteiligung i. S. des § 11 des PreßG. Rechtsanwalt Dr. Siegel in München 382

7. Strafprozeß.

Die vorläufige Einstellung nach § 208 StPO. II. Staatsanwalt Reuß in Augsburg 40

Hinderung des Vollzugs ungesetzlicher Strafen durch richterliche Entscheidung. I. Staatsanwalt Weber in Landshut 96

Hinderung des Vollzugs ungesetzlicher Strafen durch richterliche Entscheidung. Rechtskundiger Hilfsarbeiter Cammerer im Staatsministerium der Justiz in München 298

Unerwünschte Nebenwirkung einer Polizeivorschrift. Landgerichtsrat Hümmer in München 206

Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Unzuständigkeit des Gerichts. II. Staatsanwalt und Privatdozent Dr. Doerr in München 228

Vertreter und Beistände beim Sühnetermin in Beleidigungssachen. Dr. Wolfhardt, Leiter des städtischen Nachrichtenamts in Nürnberg 339

Die Wiederaufnahme des Strafbefehlsverfahrens. Amtsrichter Hahmann in München 404

Berechnung der Strafzeit, wenn der Verurteilte auf Grund des § 489 StPO. verhaftet wurde. Amtsrichter Dr. Räb in Neumarkt i. O. 421

Ist § 207 Abs. 2 StPO. auch bei Strafbefehlsanträgen anzuwenden? II. Staatsanwalt v. Balta in Passau 442

8. Verwaltungsrecht.

Ueber die polizeiliche Genehmigung stehender Lichtspieltheater in Bayern. Gerichtsassessor Dr. Hellwig in Berlin-Friedenau 97

9. Justizverwaltung.

Die Verhältnisse der bayerischen Notariatsgehilfen. Ministerialrat Schmitt in München 94

C. Rechtsprechung.

RG. bedeutet Reichsgericht, ObLG. = Oberstes Landesgericht, OLG. = Oberlandesgericht, LG. = Landgericht. VGH. = Verwaltungsgerichtshof, GHK. = Gerichtshof für Kompetenzkonflikte.

1. Bürgerliches Recht.

A. Reichsrecht.

a) Allgemeiner Teil.

Verschwendung i. S. des § 6 Nr. 2 BGB. kann auch dann vorliegen, wenn sich jemand durch nachlässige Wirtschaft der Gefahr der Verarmung aussetzt, ohne übermäßige Ausgaben zu machen. RG. 325

Ausschließung aus einem Aerzteverein; der Ausgeschlossene kann mit dem Antrage klagen, den Ausschließungsbeschluß für unwirksam zu erklären, auch wenn er vor der Ausschließung seinen Austritt erklärt hat. Wann verstößt das sog. Verkehrsverbot gegen die guten Sitten? RG. 207

Ausschließung des Mitglieds eines eingetragenen Vereins. Zuständigkeit der Hauptversammlung oder des Schiedsgerichts. Rechtsungültigkeit des Ausschließungsbeschlusses wegen eines Mangels des Verfahrens (§§ 133, 157, 32 ff., 55 ff. BGB.). OLG. Nürnberg 110

Findet gegen die Ablehnung der Eintragung eines wirtschaftlichen Vereins die sofortige den Vorschriften der ZPO. folgende Beschwerde nach § 60 Abs. 2 BGB. oder die einfache und unbefristete Beschwerde aus § 19 FGG. statt? Sind die §§ 28 und 199 FGG. hierauf anwendbar? RG. 190

Sind Tanks und Bottiche Bestandteile eines Brauereigrundstücks? RG. 99

Verbindung von Gegenständen mit einem Grundstücke durch den Pächter. „Vorübergehender Zweck" i. S. des § 95 BGB. RG. 229

Anwendung des § 104 Nr. 2 BGB. auf einen Geisteskranken mit „lichten Zwischenräumen". RG. 41

Formbedürftigkeit von Verträgen zugunsten Dritter; ist ein Vertrag formbedürftig, durch den Geschwister sich verpflichten, ihrer Mutter mit Rücksicht auf ihre Bedürftigkeit eine monatliche Rente zu zahlen? Zum Begriffe des Leibrentenversprechens. RG. 358

Schon die Möglichkeit der Häufung der Vertragsstrafen kann den Vertrag als sittenwidrig erscheinen lassen. RG. 100

Sittenwidriger, weil Bestechung vorsehender Agenturvertrag RG. 168

Verstößt gegen die guten Sitten, wer einem anderen Mittel zum Spiel gewährt? RG. 148

Unzulässige Einwirkung einer Partei auf den Eintritt einer Bedingung (§ 162 BGB.); kann eine solche Einwirkung darin erblickt werden, daß eine Partei nichts unternimmt um die unrichtige Entscheidung einer Behörde zu beseitigen? RG. 443

Anerkennung des Anspruchs i. S. des § 208 BGB. RG. 20

b) Recht der Schuldverhältnisse.

1. Allgemeiner Teil.

Bestehen des Vertragsverhältnisses trotz verweigerter Vollziehung des Vertragsentwurfs. RG. 147
Zum Schadensbegriff i. S. des § 249 BGB.; Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung der Verpflichtung, im Falle der Zwangsversteigerung die Forderung eines Hypothekgläubigers auszubieten. RG. 445
Mitwirkendes Verschulden, ursächlicher Zusammenhang. RG. 270
Mitverschulden des Reisenden, der sich beim Gehen und Stehen während der Eisenbahnfahrt nicht mit den Händen festhält. RG. 191
Schadensteilung bei beiderseits verschuldeter Unmöglichkeit. RG. 148
Kann sich der wegen unrichtiger Auskunft über Grundbuchverhältnisse haftbar gemachte Notar auf ein Mitverschulden des Verletzten berufen, wenn dieser eine Benachrichtigung des Grundbuchamts nicht geprüft hat? RG. 43
Mißbräuchliche Benutzung eines Kraftwagens gelegentlich der Ausbesserung; Gehilfenhaftung (§ 278 BGB.). OLG. München 109
Der Kutscher als Erfüllungsgehilfe dessen, der den Arzt über Land ruft. RG. 168
Wann hört der Gläubigerverzug auf? RG. 228
Bestimmbarkeit der Leistung beim Grundstückskaufe (§§ 313, 315 BGB.). RG. 207
Es kann vereinbart werden, daß der Vorbehalt des Rechts auf die Vertragsstrafe bei der Erfüllungsannahme nicht erforderlich sein soll. RG. 100
Der Antrag, die Vertragsstrafe zu ermäßigen, betrifft nicht den Grund des Anspruchs, sondern den Betrag. RG. 426
Verwandlung einer prozessualen Sicherheit in eine Hinterlegung nach § 372 BGB. RG. 148
Zu §§ 398 und 185 BGB., § 43 KO. Ist die Abtretung aller, auch der künftigen Forderungen einer bestimmten Person wirksam? Wie, wenn der Abtretende berechtigt sein soll, diese Forderungen selbst für sich einzuziehen und in seinem Geschäftsbetriebe zu verwenden gegen die Verpflichtung, dem Abtretungsempfänger monatlich ein genaues Verzeichnis der Forderungen zu übersenden? Aussonderungsrecht des Abtretungsempfängers im Konkurse des Abtretenden? RG. 444
Ist der § 406 BGB. anwendbar, wenn im Verteilungsverfahren der Zwangsversteigerung die Forderung gegen den Ersteher auf die Gläubiger übertragen wird? RG. 103
Zu §§ 426 Abs. 1 und 774 Abs. 2 BGB. Gesamtschuldnerische Verbürgung der Gesellschafter einer G. m. b. H. oder eines Teiles von ihnen für ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen; nach welchen Anteilen haften die Bürgen in diesem Fall untereinander? RG. 425
Anwendungsgebiet des § 427 BGB. RG. 191

2. Einzelne Schuldverhältnisse.

Uebernimmt bei einem Kaufvertrage der Käufer die Zuwachssteuer ganz oder zum Teile, so erhöht sich der Kaufpreis, aus dem Gebühren und Zuwachssteuer zu entrichten sind, um die übernommene Zuwachssteuer (ZuwStG. §§ 1, 24, 29; BGB. § 449; GebG. Art. 186 Abs. 2). ObLG. 153
Erfüllungsort für den Wandelungsanspruch des Käufers; Vereinbarung des Gerichtsstands für den Kaufvertrag (§§ 462 ff., 346 ff., 269 BGB., § 29 ZPO.). OLG. Nürnberg 77
Der „Selbstkostenpreis" ist keine Eigenschaft eines Grundstücks. RG. 167
Bei dem Verkauf eines Grundstücks kann der Verkäufer aus der Zusicherung eines bestimmten Flächeninhalts unter Umständen auch dann in Anspruch genommen werden, wenn die Zusicherung nur mündlich erfolgt und in dem notariellen Vertrag die Gewährleistung für einen bestimmten Flächeninhalt ausgeschlossen ist. RG. 42
1. Wird ein wegen Formmangels nichtiges Schenkungsversprechen nach § 518 Abs. 2 oder § 607 Abs. 2 BGB. dadurch gültig, daß der Schenkende in einem Schuldschein den versprochenen Betrag als Darlehen zu schulden bekennt? 2. Wie verteilt sich die Beweislast hinsichtlich der Begründung einer Schuld, wenn der Gläubiger seinen Anspruch auf ein schriftliches Darlehensbekenntnis stützt und zugibt, kein Darlehen gegeben zu haben? RG. 169
Schenkung von Todes wegen an die Ehefrau. Was ist Gegenstand der Schenkung, wenn der Mann ein Grundstück für sich kauft, es aber unmittelbar der Frau aufgelassen wird? Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks. Wie gestaltet sich im Falle des Widerrufs der Rückgabeanspruch des Mannes? RG. 125
Mietvertrag ohne ziffermäßige Festsetzung des Mietzinses. RG. 169
Anfechtung des Mietvertrags wegen arglistiger Täuschung. Offenbarungspflicht des Vermieters. RG. 230
Haftung aus dem Mietvertrage. RG. 444
Haftung der Wirtsfrau, die eine Kegelbahn vermietet, für Unfälle infolge eines Mangels des Bretterbelags. Mitverschulden des kegelnden Gastes. Mithaftung des Ehemanns der Vermieterin. RG. 42
Haftung des Vermieters für einen Unfall des Mieters infolge Eisbildung auf dem bei starker Kälte naß aufgewischten Treppenlinoleum. RG. 101
Gefährdung des Hausverkehrs durch Geräte auf den Treppen. RG. 300
Umfang der Ueberwachungspflicht des Hauseigentümers, der sein Haus im ganzen vermietet hat. RG. 100
Schadensersatzanspruch des durch dienstliche Ueberlastung in seiner Gesundheit geschädigten Beamten. RG. 386
Der „wichtige Grund" zu fristloser Kündigung des Dienstverhältnisses. RG. 271
Vertragshaftung wegen Unfalls des Kurgastes durch glatten Fußboden im Kurhause. RG. 230
Anforderungen an die Beleuchtung bei einer kleinstädtischen Gastwirtschaft. RG. 101
Haftet der Wirt für Verkehrssicherheit der dem Verkehr nicht freigegebenen Nebenräume? RG. 426
Vertrag mit dem Rechtsanwalt als Werkvertrag; Einrede der Wandlung. RG. 229
Rücktritt vom Werkvertrage wegen wissentlich unwahrer Angaben des Unternehmers. RG. 168
Ausschließung der Widerruflichkeit des Mäklerauftrags. RG. 169
Kenntnis des Geschäftsherrn von der Mäklertätigkeit als Voraussetzung für den Mäklerlohnanspruch. RG. 384
Bürgschaft gegenüber einer Firma. RG. 252
Schriftform der Bürgschaftserklärung; Hauptverbindlichkeit als Voraussetzung der Bürgschaft;

Ersetzung der ursprünglichen Hauptverbindlichkeit durch eine andere (§§ 765, 766 BGB.). OLG. Nürnberg 431

Die fiduziarische Veräußerung eines Grundstücks oder des Anspruchs auf Auflassung des Grundstücks in der Absicht, das Grundstück dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, ist nicht auf Grund der §§ 134, 138 BGB. wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig, kann aber als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Geschäft i. S. des § 817 BGB. angesehen werden; kann der Veräußerer trotz der Vorschrift in § 817 Satz 2 die Rückübertragung des Grundstücks fordern? RG. 300

Aufstellung gefährlicher Anlagen. RG. 253

Haftung der Gemeinde für Verkehrssicherheit bei Straßenarbeiten. RG. 149

Ansprüche wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft: 1. Die Klage auf Unterlassung setzt die Gefahr, nicht nur die Möglichkeit einer Wiederholung voraus. 2. Anwendung des § 826 BGB. in einem Falle, wo die Auskunft aus Fahrlässigkeit falsch erteilt worden ist. RG. 67

Beamtenhaftung des Notars, der die Erfüllung ihm persönlich obliegender Pflichten seinem Sekretär überlassen hat. RG. 101

Zu § 839 BGB., Art. 126 NotG.; haftet der Notar selbst dem Geschädigten, wenn er eine amtliche Haftung für den grundbuchamtlichen Vollzug einer unvollziehbaren Urkunde übernommen hat? ObLG. 447

Liegt eine Verletzung der Amtspflicht „bei einem Urteil in einer Rechtssache" vor, wenn der Richter die Voraussetzungen des Versäumnisurteils nicht mit der erforderlichen Sorgfalt prüft? RG. 43

Verletzung der Fürsorgepflicht der dienstberechtigten öffentlich-rechtlichen Körperschaft durch den satzungsmäßig berufenen Vertreter. RG. 270

Kein Vertragsanspruch der Hinterbliebenen des auf einer Eisbahn tödlich Verunglückten gegen den Unternehmer. RG. 342

c) Sachenrecht.

Können Rückprall des Regens und Winddruck als Einwirkung vom Nachbargrundstück aus gelten? RG. 170

§§ 906, 1004 BGB.; § 26 GewO. Haftung des Eisenbahnfiskus für Brandschäden infolge Funkenwurfs. LG. München I 110

Vertragsmäßiges „Grenz-, An- und Aufbaurecht"; wofür und von wem wird die Entschädigung geschuldet, die im Falle des Anbauens entrichtet werden soll? Abtretbarkeit der Entschädigungsforderung. Konkurseröffnung, Zwangsversteigerung und Zwangsvergleich bei dem Anbauenden vor Vollendung des Anbaues. OLG. Nürnberg 194

Voraussetzungen des Anspruchs auf den Notweg. RG. 191

Wann geht auf den Bauherrn das Eigentum an Bauteilen über, die der Bauhandwerker in einen Neubau liefert? RG. 149

Vormerkung für einen Anspruch auf Hypothekbestellung aus einem Vertrage zugunsten Dritter. RG. 150

Bezeichnung der Forderung bei der Hypothekbestellung; gehört dazu unter allen Umständen die Angabe des Schuldners und des Schuldgrundes? Wirkungen einer ungenügenden Bezeichnung; abstrakte Verbindlichkeiten genügen als Grundlage für eine Hypothek. RG. 301

Zu §§ 1150, 268 Abs. 1 und 880 Abs. 5 BGB.; Ausübung des Ablösungsrechts durch den Inhaber eines Rechtes, das im Range zwischen mehreren Hypotheken des Befriedigung verlangenden Gläubigers steht; der Auslösende hat bei der Verteilung des bar zu zahlenden Versteigerungserlöses für die Beträge an Zinsen und Kosten, die er als nunmehriger Gläubiger der seinem Rechte vorgehenden Hypotheken zu fordern hat, Anspruch auf Befriedigung im Range vor der dem ursprünglichen Gläubiger verbliebenen Hypothek, mögen die Hypotheken auch für die gleiche Forderung bestellt und ihnen unter sich gleicher Rang eingeräumt gewesen sein. RG. 20

Kann bei Abtretung einer Briefhypothek der neue Gläubiger den bisherigen auf Verschaffung des in den Händen eines Dritten befindlichen Hypothekenbriefes verklagen, nachdem er den Anspruch gegen den Dritten auf Herausgabe des Briefes hat pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen? Kann er dem bisherigen Gläubiger im Prozeß eine Frist nach § 283 BGB. setzen und in welcher Höhe kann er nach Ablauf der Frist Schadenersatz beanspruchen? RG. 383

Höchstbetragshypothek für den Ausfall bei einer anderen Hypothek oder Gesamthypothek? RG. 341

Verpfändung einer Hypothek; Forderung von Hypothekzinsen durch den Pfandgläubiger; Einwendungen gegenüber seiner dinglichen und seiner persönlichen Klage (§§ 404, 405, 407, 1275, 1138, 1289 BGB.). RG. 405

d) Familienrecht.

Zu §§ 1298, 1300 BGB.: Der Schadensersatzklage wegen Bruchs des Verlöbnisses kann der beklagte Teil nicht mit dem Einwande begegnen, daß das Verhalten des klagenden Teiles nach dem Rücktritt, insbesondere im Prozeß, den Rücktritt rechtfertige, oder daß er jetzt wieder zur Eheschließung mit dem klagenden Teile bereit sei. RG. 272

1. Das Uebernahmerecht nach § 1477 Abs. 2 BGB. gehört zum Nachlaß und kann deshalb von dem Testamentsvollstrecker ausgeübt werden. 2. Stellung des Testamentsvollstreckers bei der Auseinandersetzung des Gesamtguts. 3. Das Uebernahmerecht kann schon vor der Tilgung der Gesamtgutsverbindlichkeiten und der Teilung ausgeübt werden, wenn andere Gesamtgutsgegenstände zur Versilberung zur Verfügung stehen und ihr Erlös zur Deckung der Gesamtgutsverbindlichkeiten ohne Zweifel hinreicht. RG. 273

Kann eine Zustimmung i. S. des § 1565 Abs. 2 BGB. dann angenommen werden, wenn der eine Gatte den Ehebruch des andern gewünscht und herbeigeführt hat, um einen Grund zur Scheidung zu haben? RG. 425

Wann hat die Zustimmung zum Ehebruch als zurückgenommen zu gelten? RG. 192

Berufung des Ehegatten auf guten Glauben im Falle des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. RG. 209

Nichtigkeit einer Vereinbarung zwischen Ehegatten, wonach die Frau auf ihren Unterhaltsanspruch verzichtet, wogegen der Mann sich verpflichtet, ihr einen Grund zur Scheidung zu geben. Kann die Frau trotz des Verzichts von dem Manne Unterhalt beanspruchen, nachdem dieser vereinbarungsgemäß durch sein Verhalten die Scheidung ermöglicht hat und für den schuldigen Teil erklärt worden ist? Die exceptio doli generalis. RG. 357

Zu § 1610 BGB.: Können bei der Bemessung des Unterhalts für ein minderjähriges Kind neben den Verhältnissen des Vaters auch die der Großeltern berücksichtigt werden? RG. 342

Regelung des persönlichen Verkehrs nach § 1636 BGB. durch das Vormundschaftsgericht. Kann das Vormundschaftsgericht die von dem Beschwerdegericht getroffene Regelung später abändern? ObLG. 428

Zu § 1645 BGB.: Wann ist die Genehmigung zum Beginn eines neuen Erwerbsgeschäfts zu versagen? ObLG. 448

Haftet der Vater eines minderjährigen vermögenslosen Kindes für die Gebühren und Auslagen in einem Rechtsstreite des Kindes? (BGB. § 1654, GKG. § 92). ObLG. 154

Zur Auslegung des § 1666 BGB. ObLG. 254

Mißbrauch des Fürsorgerechts (§ 1666 BGB.). ObLG. 277

Zu § 1666 BGB.: Entziehung des Rechtes den Aufenthalt zu bestimmen statt der beantragten Entziehung der Sorge für die Person. ObLG. 388

Wiederaufhebung von Maßregeln nach § 1666 BGB. ObLG. 306

Kann Jemand seinen Enkel, der sein einziger ehelicher Abkömmling ist, an Kindes Statt annehmen? (§ 1741 BGB.). Grundsätze für die Gesetzesauslegung. ObLG. 409

Voraussetzungen für die Aufstellung eines Abwesenheitspflegers (§ 1911 BGB.). ObLG. 305

Notwendigkeit der Aufstellung eines Abwesenheitspflegers für einen Verschollenen, der nach der Lebensvermutung den Anfall einer Erbschaft erlebt hat, aber zur Zeit des Antrags auf Bestellung eines Abwesenheitspflegers als tot zu betrachten ist. (§§ 1911, 18, 19, 1960 BGB.). ObLG. 25

e) Erbrecht.

Erbrecht des mit bestimmten einzelnen Gegenständen Bedachten. Zulässigkeit des gegenständlich beschränkten Erbscheins. Prüfungsrecht des GBA. hinsichtlich eines Erbscheins. (BGB. §§ 1922, 2032, 2087, 2369; GBO. § 36). ObLG. 26

Bedeutung der Nachlaßverwaltung. Rechnung über die Auslagen und die Vergütung des Nachlaßverwalters, Zuständigkeit zu ihrer Verbescheidung und Verfahren hiebei. (BGB. §§ 1975, 1915, 1962, 1835, 1836, 1837, 1840–1843, 1892, 1987; GFG. §§ 20, 75). ObLG. 130

Auslegung eines Testaments; die Bezeichnung einer Person als Erbe steht der Annahme nicht entgegen, daß sie nur den Pflichtteilsanspruch haben solle. RG. 170

Welche Bedeutung hat es, wenn der Erblasser in seinem Testamente bestimmt, daß jeder Erbe auf den Pflichtteil gesetzt sein soll, der gegen eine Anordnung im Testament gerichtliche Schritte unternehmen wird? RG. 385

Auslegung eines Ehe- und Erbvertrags, in dem Brautleute die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbarten und für den Fall ihres beiderseitigen kinderlosen Todes die Schwester der Frau zur Erbin einsetzten, für den Fall des Vorablebens des Mannes aber keine ausdrückliche Bestimmung trafen. Wert des Beschwerdegegenstands im Erbscheinsverfahren. (BGB. §§ 2084, 133). ObLG. 106

Ist § 2094 BGB. anwendbar, wenn der Erblasser seine Frau und ein erwartetes Kind je zur Hälfte zu Erben einsetzt, das Kind aber tot geboren wird? Kann eine solche letztwillige Verfügung wegen Irrtums angefochten werden und was ist die Folge der Anfechtung? RG. 126

Pflicht des Testamentsvollstreckers, Rechnung zu legen und den Offenbarungseid zu leisten. Inwieweit erstreckt sich der Offenbarungseid auch auf Ausgaben? RG. 44

Unrichtig datiertes eigenhändiges Testament. RG. 231

Eigenhändiges Testament, das Lücken für spätere Anordnungen läßt und bei dem die Unterschrift auf einer leeren Seite steht. Beweislast. RG. 231

Wann beginnt im Falle des § 2306 BGB. die Ausschlagungsfrist, wenn Zweifel über die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung bestehen? RG. 21

Verteilung der Pflichtteilslast zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer. RG. 302

f) Einführungs- und Uebergangsrecht.

Ueber die sog. privilegierten Schützengesellschaften in Bayern und die Stellung des Schützenkommissariats. Ausschließung von der Mitgliedschaft. Beschreitung des Zivilrechtswegs. Zuständigkeit der Generalversammlung. Tagesordnung hierfür. Vorladung und Anhörung des auszuschließenden Mitglieds. Begründung des Beschlusses auf Ausschließung und Mitteilung an das Mitglied. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils (K. B. VO. vom 25. August 1868, betr. eine allgem. Schützenordnung, §§ 25, 32, 39 BGB., Art. 82, 163 EG. BGB.; §§ 709, 710 ZPO.). OLG. Nürnberg 410

Auslegung der Art. 83 und 84 UeG. in bezug auf eine durch den Tod der Frau aufgelöste Gemeinschaft des Zugewinstes nach Bayer. LR. Berechnung der Gegenstandssumme eines Testaments nach Art. 111 GebG. ObLG. 73

Zur Auslegung altrechtlicher Ehe- und Erbverträge. ObLG. 276

Zu Art. 28 Abs. 1, 79 Abs. 3 UeG. BGB, § 2361 BGB., § 20 FGG.: Einziehung eines Erbscheins, der ein verwirktes Nutznießungsrecht des überlebenden Ehegatten an den Erbteilen der Kinder anführt. Ist der Konkursverwalter eines der Kinder und Erben berechtigt, die Verwirkung des Nutznießungsrechtes geltend zu machen, die Einziehung des Erbscheins zu beantragen und gegen die Abweisung des Antrags sich zu beschweren? Wie wird die Verwirkung des Nutznießungsrechts geltend gemacht? ObLG. 387

B. Landesrecht.

Rechtliche Eigenschaft einer Fährgerechtigkeit und der dem Berechtigten gebührenden Reichnisse. Zuständigkeit der Gerichte, wenn über die Reichnispflicht gestritten wird. GHK. 29

2. Handelsrecht. Gesellschaftsrecht.

Begriff des Kleingewerbes. Voraussetzungen für die Annahme eines kaufmännischen Betriebs bei einem Fischhandelsgeschäfte. (HGB. §§ 2, 4; ADHGB. Art. 4, 10). ObLG. 47

Mehrere Firmen eines Kaufmanns (HGB. §§ 13, 17, 18, 30, 50 Abs. 3). ObLG. 46

Unter welchen Voraussetzungen kann ein handelsgeschäftliches Unternehmen in seine Firma die Bezeichnung als graphische Kunstanstalt aufnehmen? ObLG. 254

Zur Auslegung des § 18 Abs. 2 HGB.: Mißbräuchliche Verwendung der Bezeichnung „Fleischzentrale“. ObLG. 388

Kann ein Prokurist einer Aktiengesellschaft bei der Anmeldung der Erteilung einer Prokura zum Handelsregister mitwirken? (§ 53 HGB.). ObLG. 276
Muß sich der lebenslänglich angestellte Handlungsgehilfe die Versetzung an einen anderen Ort gefallen lassen? RG. 358
Umgehung des Wettbewerbsverbots. RG. 192
Wo befindet sich die Hauptniederlassung einer Aktiengesellschaft? Kann eine solche mehrere Niederlassungen haben, von denen keine „Hauptniederlassung" ist? (§§ 182, 50 Abs. III BGB.). ObLG. 344
§§ 335 f., 342 HGB.; stille Gesellschaft oder Darlehensvertrag? Auch Sicherungsübereignung kann als „Rückgewähr" angesehen werden; § 342 HGB. trifft aber nur eine schon in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergegangene Einlage, die an sich dem Zugriff der Gläubiger ungehindert offenstand und durch Herausnahme dem Geschäft wieder entzogen wird. Wenn eine Einlage erst nach der Sicherung erfolgt, so kann von einer Verschlechterung des Vermögensstandes der Gläubiger überhaupt nicht die Rede sein; eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag selbst fällt nicht unter § 342. RG. 323
Kann der stille Gesellschafter der Zweigniederlassung eines Bankgeschäfts das ihm zustehende Prüfungsrecht durch einen bevollmächtigten beeidigten Bücherrevisor ausüben lassen? Erstreckt sich das Recht auch auf die zwischen der Haupt- und Zweigniederlassung gewechselten Schriftstücke? (§§ 338, 118 HGB.; § 716 BGB.). ObLG. 26
Verschwiegenheitspflicht des Bankiers. RG. 271
Ist ein Bankier verpflichtet, seinen Auftraggeber auf die wirtschaftlichen Bedenken aufmerksam zu machen, die gegen die Ausführung des Auftrags sprechen? RG. 407
Haftung der Eisenbahn für schuldhafte Transportverzögerung innerhalb der tarifmäßigen Lieferfrist (Art. 41 des internat. Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr i. d. F. vom 19. September 1906, § 466 HGB.). OLG. Zweibrücken 281
Form eines Vertrags, der die Verpflichtung zur Abnahme von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. enthält. RG. 407
Wiederherstellung des gelöschten Eintrags einer durch Konkurs aufgelösten G. m. b. H. Dauer und Aufgaben des Liquidationsverfahrens. ObLG. 173

3. Gewerberecht.

Das Schankrecht der Bierbrauer nach Art. 9 lit. b Ziff. 1 des bayer. GewG. v. 30. Januar 1818. ObLG. 49
Anwendbarkeit des § 26 GewO. auf Anlagen, die vor dem Inkrafttreten der GewO. obrigkeitlich genehmigt worden sind. RG. 253
Wie ist die dreijährige Frist des § 57 Ziff. 3 GewO. zu berechnen, wenn die Strafvollstreckung unterbrochen und dem Verurteilten für den Rest der Strafe eine Bewährungsfrist bewilligt worden ist? BGH. 282
§ 120a GewO. als „Schutzgesetz". RG. 208
Begriff des Werkmeisters. Wettbewerbsverbot (§ 133 f GewO.). Bindung durch Ehrenwort. RG. 384

4. Gerichtsverfassung.

Zuständigkeit zur Verbescheidung der Beschwerde und der weiteren Beschwerde des Landesversicherungsamtes gegen ein Amtsgericht wegen Verweigerung der Rechtshilfe in einer älteren Sache (RVO. §§ 115, 1571; GVG. §§ 157—160; Art. 85 EG. RVO.). ObLG. 105
Unzulässigkeit der Rechtshilfe (§§ 159 GVG., 2 FGG.). OLG. München 51
Zu § 200 GVG.: Die Revision kann nicht auf die Mitteilung von Geschworenen über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung gestützt werden. RG. 152

5. Zivilprozeß.

Streitwert eines Kündigungsprozesses (§ 3 ZPO.). OLG. München 76
§ 7 ZPO. kann nicht auf persönliche Dienstbarkeiten angewendet werden. RG. 192
Vernehmung von Streitgenossen als Zeugen. RG. 150
Auslagen für Lichtbilder und Ortsbesichtigung als Prozeßkosten (§ 91 ZPO). OLG. München 52
Beruhen der im Rechtsstreit erhobene und der Kostenerstattungsanspruch aus einem Vorprozeß auf demselben rechtlichen Verhältnis? RG. 342
Kostenhaftung des Nachlaßverwalters einer armen Partei (§§ 114 ff. ZPO.). OLG. München 51
Kein Armenrecht zwecks Anerkenntnis (§ 114 ZPO.). OLG. München 51
Wie ist das Zurückbehaltungsrecht im Prozesse zu behandeln? RG. 125
Ersatzzustellung oder öffentliche Zustellung? Kein Verschulden des Rechtsanwalts. RG. 210
Erheblichkeit des Vertagungsgrunds (§§ 227, 224 ZPO.). OLG. München 109
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verschulden eines sonst als zuverlässig erprobten Kanzleiangestellten fällt dem Rechtsanwalt nicht zur Last; der mit der Behandlung des Gerichtseinlaufs beauftragte Beamte ist verpflichtet, einen bei ihm eingelaufenen Schriftsatz auf Bestimmung und Inhalt zu prüfen (§§ 233 Abs. I, 232 Abs. II, 238 Abs. III ZPO.). OLG. München 132
Unabwendbarer Zufall. RG. 303
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, unabwendbarer Zufall. RG. 304
Feststellungsinteresse bei der negativen Feststellungsklage. RG. 128
Ist eine Klage zulässig, die auf die Feststellung des Nichtbestehens von Schadensersatzansprüchen aus § 823 BGB. für die Vergangenheit und die Zukunft gerichtet ist? Einfluß der nachträglichen Erhebung der Schadenersatzklage durch den Beklagten auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage; kein Anspruch auf Feststellungsurteil, das, ohne einen bestimmten Rechtsstreit zu schlichten, auf die Entscheidung einer reinen Rechtsfrage hinauslaufen würde. RG. 69
Kosten des Verfahrens bei Zurücknahme des Antrags auf einstweilige Verfügung wegen Veränderung der Umstände. Befugnis des Bezirksamts zur staatsaufsichtlichen Prüfung gemeindlicher Verträge auf Lieferung von elektrischem Strom? (§§ 271, 93 ZPO.; Art. 1, 159, 112 GemO.). OLG. Nürnberg 214
Teilweise Zurücknahme der Klage durch Uebergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage. Stillschweigende Zustimmung des Beklagten zu dieser Zurücknahme. RG. 22
Keine Einrede der Rechtshängigkeit wegen eines beim ausländischen Gerichte schwebenden Rechtsstreits, wenn ausschließlicher inländischer Gerichtsstand vereinbart war. RG. 128

Wirkung der Rechtskraft. OLG. München 155
Rechtskraftwirkung des Urteils; Umfang des durch die Klage erhobenen Anspruchs. Folgen der Verweigerung der Eidesleistung in einem anderen Rechtsstreit, freie richterliche Ueberzeugung, Protokolle eines anderen Rechtsstreits als Urkunden. Nutzungen einer rechtlos erhaltenen Summe als Bereicherung, selbständige Klage hierauf nach rechtskräftiger Entscheidung über die Hauptsache, Verzicht auf Nutzungen, Verjährung des Anspruchs hierauf — §§ 322 I, 325 I, 463 ff., 415 ff., 286 ZPO.: 818, 197 BGB. OLG. Nürnberg 390
Voraussetzungen für die Anwendung des § 323 ZPO. RG. 209
Das Gericht darf die Erlassung eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten nicht deshalb ablehnen, weil nicht feststeht, ob der Beklagte Kriegsteilnehmer ist, und der Kläger sich weigert eine Bestätigung hierüber beizubringen. OLG. München 450
Abänderung eines durch Beweisbeschluß festgestellten Eides ohne mündliche Verhandlung. Wirkung des geleisteten Eides. RG. 102
1. Zurückverweisung in die erste Instanz, wenn deren Urteil „die Klage" dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, die Begründung aber sich nur mit dem einen der beiden eingeklagten Ansprüche befaßt? 2. Auslegung eines nachträglichen Verzichtes auf Ansprüche wegen der Mängel eines durch Kauf oder Tausch erworbenen Grundstücks; Wirksamkeit eines solchen Verzichts im Falle arglistigen Verhaltens des Veräußerers. RG. 68
Unrichtige Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. RG. 192
Inwieweit kann ein nach § 539 ZPO. erlassenes Urteil mit der Revision angefochten werden? Inwieweit ist das Untergericht an ein solches Urteil gebunden? RG. 210
Klage auf Dienstlohn im Urkundenprozesse. RG. 23
Können österreichische Ehegatten die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für eine Klage auf Ehescheidung vereinbaren? Kann eine solche Vereinbarung wegen Irrtums angefochten werden? RG. 45
Kann im Mahnverfahren der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut geltend gemacht werden? LG. Eichstätt 28
ZPO. § 695. Vollstreckungsbefehl nach Zurücknahme des Widerspruchs? LG. Nürnberg 255
Inwieweit kann gegenüber einer Klage aus § 717 ZPO. eingewendet werden, daß der Geschädigte Rechtsbehelfe zur Einstellung der Vollstreckung nicht benützt habe? Kann § 831 BGB. auf das Verhältnis des Auftraggebers zum prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt angewendet werden? RG. 232
Begriff der Vollstreckungskosten (§§ 788, 106 ZPO.). OLG. München 51
Umfang des Pfändungsvorrechts für den Unterhalt unehelicher Kinder (§§ 850 ZPO.; 4, 4 a LohnBG.). OLG. München 347
Unzulässigkeit der Pfändung künftiger oder unbestimmt bezeichneter Forderungen (§ 851 ZPO.). OLG. München 234
Kann eine Zwangs-Sicherungshypothek für eine Forderung eingetragen werden, für die schon eine durch Vertrag bestellte Sicherungshypothek eingetragen ist? ObLG. 360
Strafandrohung zur Erzwingung positiven Tuns. RG. 151
Schiedsgericht oder Schiedsgutachten? Schiedsrichter in eigener Sache. Einrede und Nichtigkeit des Schiedsvertrags (§§ 1025 ff., 274 ff. ZPO., §§ 317 ff., 138 BGB.). OLG. Nürnberg 175
Ablehnung eines Schiedsrichters, rechtliches Gehör der Parteien vor dem Schiedsgerichte (§§ 1032, 42 ff., 1034, 1041 ZPO.). OLG. Nürnberg 52
Ob die Anordnung einer Pflegschaft sachlich begründet war, hat der Prozeßrichter nicht zu prüfen. RG. 150
Ausschließliche Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts. RG. 326

6. Konkursverfahren. Zwangsversteigerung.

Wenn in einem Zwangsvergleich der Gläubiger ausdrücklich auf den Teil seiner Forderung verzichtet, für den er in dem Zwangsvergleiche keine Deckung erhält, so verliert er damit für diesen Teil der Forderung die Rechte aus einer für sie bestehenden Hypothekvormerkung. Haftung des Rechtsanwalts, der als Vertreter des Gläubigers einem solchen Zwangsvergleiche zustimmt. RG. 102
Beitritt zu einem einstweilen eingestellten Versteigerungsverfahren wegen des Zubehörs. OLG. München 309

7. Freiwillige Gerichtsbarkeit. Zwangserziehung.

Aufschluß aus Akten an Ordinariate. LG. Memmingen 363
Zur Auslegung der §§ 57 Nr. 6, 59 FGG., § 1837 BGB. ObLG. 306
Einem vor dem Inkrafttreten des BGB. wegen Geisteskrankheit Entmündigten steht das Beschwerderecht des § 59 FGG. auch dann nicht zu, wenn anzunehmen ist, daß er unter der Herrschaft des BGB. nur wegen Geistesschwäche entmündigt worden wäre. ObLG. 428
Aus welchen Gründen kann bei streitigen Rechtsverhältnissen eine Gesellschaft m. b. H. das Registergericht die Verfügung bis nach der Entscheidung des Rechtsstreits aussetzen? (§ 127 FGG.). ObLG. 211
Kann die Verwaltungsbehörde die Schreibweise eines Namens mit bindender Wirkung für das mit dem standesamtlichen Berichtigungsverfahren befaßte Gericht feststellen? (PersStG. §§ 65, 66). ObLG. 359
Inwieweit hat der Registerrichter das ordnungsmäßige Zustandekommen des Generalversammlungsbeschlusses einer Genossenschaft zu prüfen? Darf er einen satzungswidrig zustande gekommenen Beschluß eintragen? (§§ 16, 51 GenG.). ObLG. 307
Unter welchen Voraussetzungen können vorläufige Maßregeln nach Art. 4 Abs. 2 ZwEG. angeordnet werden? ObLG. 254
Großeltern haben gegen die Anordnung der Zwangserziehung über einen Enkel in der Regel kein Beschwerderecht (ZwEG. Art. 4, 12; FGG. §§ 20, 57 Abs. 1 Ziff. 9, Abs. 2). ObLG. 172
Zu den Kosten der Zwangserziehung i. S. des Art. 8 ZwErzG. gehören nur solche, die auf die Zwangserziehung selbst erwachsen; Abgrenzung gegenüber den von der Armenpflege zu tragenden Kosten. VGH. 196

8. Grundbuchwesen.

Kann die Verpfändung des Nacherbenrechts in das Grundbuch eingetragen werden? (GBO. §§ 19, 22, 40, 52). RG. 123

Zur Auslegung des § 40 GBO. ObLG. 305

Zur Auslegung des § 54 GBO. ObLG. 327

Welche Vorschriften gelten in Bayern für die Anlegung eines Grundbuchblattes für reale Gewerbeberechtigungen? (EG. BGB. Art. 74; AG. GBO. Art. 17; GBO. § 83; DA. GrBAe. §§ 510 ff., Art. 10 GrAnlG.). ObLG. 72

Löschung einer altrechtlichen Verfügungsbeschränkung im Grundbuch (Art. 189 EG. BGB.). RG. 193

9. Gerichtskosten. Gebühren.

Formelle Erfordernisse einer gerichtlichen Wertfestsetzung; Streitwert eines Arrests; Anwaltsbeschwerde (§§ 16 GKG.; 3, 6 ZPO.; 12 RAGO.). OLG. München 234

Ist der Antrag nach § 16 GKG. dem Anwaltszwang unterworfen? Ist in jedem Fall das Urteil der Vorinstanz als im ganzen Umfang angefochten anzusehen, wenn die Rechtsmittelschrift nur die Anmeldung des Rechtsmittels, nicht aber auch einen bestimmten Antrag enthält? Streitwert in der Berufungsinstanz. OLG. Bamberg 430

Gebührenpflicht des Verweisungsbeschlusses nach § 697 ZPO. OLG. Augsburg 175

Der Verweisungsbeschluß nach § 697 ZPO. ist nicht gebührenpflichtig. OLG. Bamberg 213

Für die Rücksendung der bei der Revisionseinlegung vorzulegenden Ausfertigung des angefochtenen Urteils dürfen Postgebühren nicht erhoben werden (GKG. § 80 b). ObLG. 48

Keine Kostenfestsetzung bei außergerichtlichem Vergleiche. ObLG. Augsburg 234

Zuständigkeit für die Festsetzung der Kosten im Privatklageverfahren. Weder der Privatkläger noch der Angeklagte hat in diesem Verfahren das Recht der weiteren Beschwerde. ObLG. 108

Reisekosten der Gendarmen bei Wahrnehmung eines gerichtlichen Termins. ObLG. 155

Gebühren des Verteidigers in Wiederaufnahmeverfahren. ObLG. 279

Die Gebührenermäßigung nach Art. 14 Satz 2 Abs. 3 GebG. tritt nicht ein, wenn die Rechte aus dem Meistgebot in der Zeit zwischen dem Versteigerungstermin und einem zur Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag anberaumten weiteren Termin oder erst in diesem letzteren Termin abgetreten worden sind. ObLG. 344

Beschwerdegegenstand bei Beschwerden wegen Erteilung eines Erbscheins, wenn Grundstücke zum Nachlasse gehören. ObLG. 46

10. Strafrecht.

A. Reichsrecht.

a) Strafgesetzbuch.

Anrechnung der Untersuchungshaft (§ 60 StGB.) bei Bildung einer Gesamtstrafe nach § 79 StGB. RG. 253

Bringt ein außergerichtlicher Vergleich einen Strafantrag zum Erlöschen, ohne daß dieser der Behörde gegenüber zurückgenommen worden ist? ObLG. 346

„Ankündigen" und „Anpreisen" i. S. des § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB. RG. 233

§ 184 Nr. 3 StGB. ist auch dann anwendbar, wenn ein beim Beischlaf zu benützender Gegenstand nur verheirateten Personen angeboten worden ist. Zum Begriffe der Ankündigung oder Anpreisung gegenüber dem „Publikum". RG. 275

Zu § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB.: Ankündigung oder Anpreisung gegenüber „dem Publikum". RG. 447

Zu § 196 StGB.: Antragsberechtigung des Garnisonsältesten. RG. 447

Abgrenzung des Anwendungsgebietes der §§ 242 und 370 Nr. 5 StGB. bei fortgesetzter Entwendung. RG. 408

Macht sich der gegen Provision arbeitende Agent einer Versicherungsgesellschaft des Betrugs schuldig, wenn er durch Irrtumserregung den Abschluß von Versicherungsverträgen herbeiführt, bei denen die Versicherungsnehmer für ihre Verpflichtung zur Prämienzahlung einen entsprechenden Gegenwert durch die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft zur Entschädigung erhalten? Welche Bedeutung kommt hier der Möglichkeit zu, daß die Versicherungsnehmer den Vertrag anfechten und ihnen dadurch Kosten erwachsen? RG. 171

Tateinheit oder -mehrheit bei gleichzeitigem Gebrauchmachen von mehreren gefälschten Urkunden? Liegt in der betrügerischen Bewirkung einer Gutschrift stets eine Vermögensbeschädigung i. S. des § 263 StGB.? RG. 304

§ 267 StGB. setzt den Willen voraus, auf den Rechtsverkehr einzuwirken. RG. 253

Urkundenfälschung durch Fälschung des Blankoindossaments des Bezogenen auf einem Wechsel, der weder in blanco akzeptiert ist noch einen Ausstellungsvermerk und das Giro des Ausstellers aufweist? Wann hat die Namensunterschrift die Bedeutung einer rechts- und beweiserheblichen Urkunde? Feststellung des Gehilfenvorsatzes bei der Beihilfe zur Urkundenfälschung. RG. 23

Liebesbriefe als rechts- und beweiserhebliche Urkunden. RG. 128

Verfälschung von Aufrechnungsbescheinigungen nach § 1419 RVO. Wirkung der Rechtskraft von Strafbescheiden der Versicherungsämter. RG. 193

Unterdrücken einer dem Täter nicht oder nicht ausschließlich gehörigen Urkunde (§ 274 Nr. 1 StGB.). RG. 408

Der Tatbestand der Beihilfe zu dem Vergehen des § 284 StGB. wird nicht schon dadurch erfüllt, daß jemand die Wetten dritter Personen an einen Buchmacher weitergibt. RG. 25

Verhältnis zwischen § 284 StGB. und §§ 3, 6 RennWettG. RG. 233

Die sog. Fünfzehnhundertmark-Verträge und der § 288 StGB. ObLG. 361

Bauwerk i. S. des § 305 StGB. RG. 342

§ 352 StGB. ist nicht anwendbar, wenn ein Beamter überhaupt kein Recht zur Gebührenerhebung hat. RG. 172

Der bayerische Depeschenträger ist Beamter i. S. des § 359 StGB.: Bedeutung beamtenrechtlicher Vorschriften der Bundesstaaten für die Beamteneigenschaft. ObLG. 361

Zu § 360 Nr. 8 StGB.: Wer darf in Bayern das Wort „von" vor seinem Namen führen? ObLG. 430

Unter welchen Voraussetzungen ist ein mit der Ausübung eines Gewerbes verbundener ruhestörender Lärm nach § 360 Nr. 11 StGB. strafbar? ObLG. 174

Ist das „Leichenbitten“ als Bettel zu erachten? ObLG. 449

Zum Grundsatze der Spezialität im Auslieferungsverkehr besonders mit Oesterreich; darf wegen Vergehens des Diebstahls verurteilt werden, wer von dort wegen schweren Diebstahls ausgeliefert ist? RG. 343

b) Nebengesetze.

Der Inhaber eines Wandergewerbescheins bedarf neben dem Druckschriftenverzeichnis noch des Legitimationsscheins nach § 43 Abs. 1 GewO. zur Ausübung der daselbst bezeichneten Betriebsart. ObLG. 211

Zum Begriffe des gewerbsmäßigen Vermittelungsagenten für Darlehen; ist auch die auf Verschaffung eines Bankkredits besonders in der Form des Kontokorrents abzielende Tätigkeit die eines solchen Agenten? ObLG. 345

Verhältnis des § 153 GewO. (Streikparagraph) zu dem eine härtere Strafe androhenden allgemeinen Strafgesetze. ObLG. 308

Der Vormund ist nach § 153 GewO. strafbar, wenn er sein Mündel durch Anwendung der in diesem Paragraphen genannten Mittel zur Teilnahme an einem Streik zu bestimmen versucht. ObLG. 131

Postzwang (§§ 1, 2 und 27 Nr. 1 PostG.). 1. Zum Begriff „expresser Bote“. 2. Die Beförderung postzwangspflichtiger Gegenstände, die ein bezahlter Angestellter für seinen Geschäftsherrn bewirkt, ist nicht notwendig eine Beförderung „gegen Bezahlung“ i. S. des § 1 PostG. 3. Welcher Ort gilt als Ursprungsort einer Zeitung? Möglichkeit eines doppelten Ursprungsortes; kann der Verleger bestimmen, welcher Ort als Ursprungsort gelten soll? 4. Liegt eine Verletzung des Postzwangs darin, daß einem Boten, der gegen Bezahlung postzwangspflichtige Gegenstände befördert, solche unentgeltlich auch noch von einem anderen Absender mitgegeben werden? RG. 151

Ist ein Kaufmann so krank, daß er die Bilanz auch unter Mitwirkung einer Hilfskraft nicht ziehen kann, sondern durch einen andern ziehen lassen müßte, so kann er für die Unterlassung nicht gestraft werden. RG. 172

Dürfen die Kundschaft („Fasson“) und andere wirtschaftliche Güter, die keinen bestimmten Vermögensgegenstand darstellen, als Aktivum in die Bilanz eingestellt werden? RG. 446

Beginn und Dauer der Impfpflicht und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter. ObLG. 212

Begriff des „Aufkaufens“ von Tieren im Sinne der Vorschriften zur Verhütung von Viehseuchen. RG. 105

„Festlegung“ der Hunde auf Grund des Viehseuchengesetzes. RG. 128

Darf allgemein angeordnet werden, daß auch anderes Fleisch als frisches Fleisch einer abermaligen amtlichen Beschau unterworfen werde? ObLG. 75

Voraussetzungen für die formelle Gültigkeit einer ortspolizeilichen Vorschrift. Was versteht man unter Vertrieb i. S. des § 20 Abs. 2 FleischbG.? Nur der Vertrieb frischen Fleisches darf dem Beschauzwang innerhalb der Gemeinde unterworfen werden; darüber hinausgehende ortspolizeiliche Vorschriften sind ungültig. RG. 193

Wann darf ein Getränke als „Heidelbeerwein“ bezeichnet werden? Verfälschung eines solchen Getränkes. Handelt der Hersteller fahrlässig i. S. des § 11 NMG., wenn er die ihm von anderen gelieferten Stoffe nicht prüft? RG. 70

Verschnitt von Traubenmaische mit Wein oder Most. RG. 104

Ueberstreckung des Weines und Verkauf als eine einheitliche strafbare Handlung. RG. 72

Erlaubte Zuckerung. RG. 233

Voraussetzungen der unerlaubten Zuckerung des Weins. Welchen Zweck muß der Zuckernde im Auge haben? RG. 71

Begriff des weinähnlichen Getränkes. Verwendung von Tamarindenmus bei der Herstellung eines weinähnlichen Getränkes. RG. 104

Vogelschutzgesetz: Die Verjährung hindert nicht die Einziehung der geschützten Vögel; § 1 der VO. vom 19. Oktober 1908 trifft entgeltliche Verträge jeder Art. ObLG. 131

Der Vorsatz i. S. des § 1492 RVO.; muß er schon zur Zeit der Lohnabzüge vorhanden sein? RG. 326

Zu § 14 WarenZG., § 15 WettbewG.: auf Grund welcher Bestimmung ist der Kaffeehausbesitzer zu bestrafen, der gewöhnlichen Kaffee in Tassen verschänkt, die durch ein auf ihnen angebrachtes Warenzeichen den Anschein erwecken, als sei zur Herstellung des Getränkes der von dem Inhaber des Warenzeichens in Verkehr gebrachte koffeinfreie Kaffee verwendet? RG. 427

Bestrafung aus § 16 WZG. wegen Mißbrauchs des Wortes Camembert. RG. 343

Der Begriff des „Unternehmens“ einer strafbaren Handlung, besonders i. S. des § 134 VerZG. RG. 327

Unterschied zwischen Zolldefraude und Ordnungswidrigkeit. Der § 135 ZVG umfaßt die vollendete und die versuchte Zollhinterziehung; untauglicher Versuch. ObLG. 449

Die verbotene Einfuhr von Süßstoff aus der Schweiz nach Deutschland und von hier nach Oesterreich kann zwei selbständige strafbare Handlungen i. S. des § 74 StGB. enthalten, auch wenn die Wiederausfuhr nach Oesterreich von vornherein geplant gewesen ist. RG. 24

Kann ein deutsches Gericht einen Deutschen bestrafen, der von der Schweiz aus nach Oesterreich Saccharin einschmuggelt, ohne Deutschland zu berühren? (§ 17 ZollK. v. 6. Dez. 1891). RG. 275

B. Landesrecht.

Unter welchen Voraussetzungen darf erlegtes Wild oder dessen Erlös eingezogen werden? wie ist der Ausdruck „können“ in Art. 18 PStGB. und in § 42 StGB. aufzufassen? ObLG. 329

Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit einer nach dem Art. 67 Abs. 2 PStGB. angeordneten Maßregel. ObLG. 154

Der Schlachthauszwang darf auf die Schlachtung von Schweinen für den eigenen Hausbedarf ausgedehnt werden. ObLG. 309

Kann die Gültigkeit einer auf Grund des Art. 75 PStGB. erlassenen gesundheitspolizeilichen Vorschrift durch einen Wechsel in den hygienischen Anschauungen berührt werden? Was ist unter „reinem Mehl“ zu verstehen? ObLG. 389

Zu Art. 101 PStGB.: Kann die Baupolizeibehörde das Anstreichen von Fensterläden verlangen? Verjährung von Baupolizeiübertretungen. LG. Memmingen 451

Unterschied zwischen § 367 Nr. 15 StGB. und Art. 101 PStGB.; was versteht man unter heizbarem Zimmer i. S. der Bauordnung? ObLG. 28
Umfang der Verpflichtung der in Art. 143 Ziff. 1 PStGB. genannten Gewerbetreibenden, besonders der Bierwirte zum sichtbaren Anschlage der Preise ihrer Verkaufsgegenstände. ObLG. 448
Zur Auslegung des Art. 92 Ziff. 1 ForstG. ObLG. 329
Verhältnis zwischen Forstberechtigungen und forstpolizeilichen Vorschriften in der Pfalz. ObLG. 277
Wer ohne behördliche Genehmigung eine Brücke baut, ist nach dem Wassergesetze, nicht nach dem § 367 Nr. 15 StGB. strafbar. ObLG. 213
Verpflichtet auch ein formloser Kaufvertrag zur Anzeige nach Art. 2 GZG.? ObLG. 173
Hundeabgabengesetz. Die von den Gemeindeverwaltungen für die Anmeldung der Hunde bekannt gegebenen Amtsstunden sind von den Hundebesitzern bei Vermeidung der Bestrafung einzuhalten. ObLG. 107
Lustbarkeitssteuer. Was versteht man unter Veranstaltung einer öffentlichen Lustbarkeit. ObLG. 48
Wandergewerbesteuergesetz. Bedeutung und Tragweite des Begriffs: „landwirtschaftliche Tätigkeit". ObLG. 49

11. Strafprozeß.

Ist es zulässig, daß ein Verteidiger einen Zeugen, der nach Belehrung durch den Vorsitzenden sich des Zeugnisses entschlagen hat, noch darüber belehrt, was er als Zeuge bekunden soll? Muß der Vorsitzende dem Verteidiger eine solche Belehrung gestatten? RG. 129
Beamte der bayerischen Untersuchungsanstalten für Nahrungs- und Genußmittel als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft. Ablehnung dieser Beamten als Sachverständige. RG. 70
Wie ist in dem Falle des § 111 StPO. zu verfahren? Wer ist der Verletzte? ObLG. 27
Hängt die Anwendung des § 208 StPO. von der Erhebung der öffentlichen Klage ab? ObLG. 308
Neue Tatsachen i. S. des § 210 StPO. RG. 427
Beweisantrag oder Beweisermittelungsantrag? RG. 409
Undeutliche Belehrung über die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts (§ 264 StPO.). RG. 327
Kein Berichtigungsverfahren, wenn die Geschworenen die Frage nach der Strafbarkeitseinsicht verneinen und zugleich die Frage nach mildernden Umständen bejahen. RG. 129
Die Revision kann auf Verletzung des § 415 StPO. gestützt werden. Ein Vergleich im Privatklageverfahren verbraucht nicht die Strafklage zuungunsten anderer zur Privatklage Berechtigter. ObLG. 108
Prozessuale Stellung eines geisteskranken, aber nicht entmündigten für sich und als gesetzlicher Vertreter seiner Tochter auftretenden Privatklägers. ObLG. 389
Unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zeitpunkt ist der Beschluß über Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft zu fassen? ObLG. 27

12. Staatsrecht und Verwaltungsrecht.

Ausübung öffentlicher Gewalt. RG. 192
Ausübung der Jagd auf ausmärkischen Bezirken. VGH. 52
Emeritierung und Gehaltssperre (Art. 187, 211 BG., K. VO. v. 6. Sept. 1908, GVBl. S. 681). OLG. München 279
Die Verwaltungsbehörden sind zur Entscheidung über einen Anspruch aus dem Kirchen- und Pfarrverband auch dann zuständig, wenn der Kläger ausdrücklich erklärt, seinen Anspruch nicht aus diesem Verbande, sondern aus einem privatrechtlichen Vertrag abzuleiten. GHK. 214

D. Gesetzgebung und Verwaltung.

1.

Gesetzgeberische Maßnahmen aus Anlaß des Krieges. 331

2. Bürgerliches Recht.

Vertretung des Reichsfiskus. 156
Gesetz vom 14. Mai 1914 zur Aenderung des Gesetzes über die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899 256

3. Handels-, Wechsel- und Scheckrecht.

Das Gesetz zur Aenderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 HGB. 311
Das Postscheckgesetz. 196
Das Gesetz über die Folgen der Verhinderung wechsel- und scheckrechtlicher Handlungen im Ausland. 216
Bekanntmachung des Bundesrats vom 29. August 1914 betr. die weitere Verlängerung der Fristen des Wechsels- und Scheckrechts. 348

4. Zivilprozeß.

Aenderung der Zivilprozeßordnung. 311

5. Strafrecht.

Bayer. Gesetz vom 21. August 1914, betr. die Abänderung des AG. GVG. 364
Das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse. 284
Herstellung von Malzwein. 312
Herstellung von Kognak. 312

6. Gerichtsverfassung.

Die Beschäftigung von Hilfsrichtern beim Reichsgerichte. 32
Bayer. Gesetz über den Kriegszustand vom 5. Nov. 1912. 364

7. Gebühren.

Das Gesetz betr. Aenderung der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige. 311
Gesetz vom 21. August 1914 über Aenderungen im Gebührenwesen. 348

8. Versicherungsrecht.

Die Bekanntmachungen vom 30. Dezember 1913, den Vollzug des § 169 der Reichsversicherungsordnung betr., und vom 31. Dezember 1913, die Krankenversicherungspflicht der im Justizdienst beschäftigten Personen betr. 56
Die Beiträge zur Kranken-, Invaliden-, und Angestelltenversicherung. 156

9. Kirchenrecht.

Verwaltung des Kirchenstiftungsvermögens. 256

10. Staatsrecht und Verwaltung.

Armengesetz vom 21. August 1914. 348
Der Vollzug des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes. 284
Die Azetylenverordnung. 32
Schulpflichtverordnungen. 79
Die Bekämpfung der übertragbaren Krankheiten. 80
Die Leumundszeugnisse und die polizeilichen Personalakten. 112
Das Bayerische Zentralpolizeiblatt. 112

11. Verkehrswesen.

Die Postordnungen. 56
Die Kosten der Stellvertretung der vor Justiz- oder Verwaltungsbehörden geladenen Beamten der Verkehrsverwaltung. 392

12. Militärverwaltung.

Militärwesen. 236
Die neuen Bestimmungen über die Beurlaubung der Militäranwärter vom 1. Januar 1914. 56

13. Justizverwaltung.

Die Strafregister. 32
Das Rechnungswesen bei den Strafanstalten. 80
Die Mitteilungen der Staatsanwälte, Amtsanwälte und Gerichte. 112
Die Behandlung der Akten in Begnadigungssachen. 112
Geschäftsvereinfachung. 176
Die Ermittelung früherer Bestrafungen der Angeklagten und der Zeugen. 176
Die Versorgung der Notare und ihrer Hinterbliebenen. 236
Die Vorbedingungen für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst. 236
Dienstaufsicht über die Gewerbe- und die Kaufmannsgerichte. 364

14. Statistik.

Zur Statistik der Uebertretungen. 256
Statistisches zu dem Gesetze vom 19. Juni 1912, betreffend die Aenderung des Strafgesetzbuchs. 311

15. Internationales Recht.

Der Rechtshilfe- und Auslieferungsverkehr mit Bulgarien. 132
Der Auslieferungsverkehr mit Panama. 132

E. Sprachecke.

oder aber. 80
Ein gemeingefährliches Wort. 132
„Aus diesem Grund fällt Klage nötig". 236
Aus der Rechtssprache des Reichsgerichts. 312
„Frau Erste Staatsanwalt". 312
Ein einfaches Mittel. 332

II. Alphabetisches Verzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Ablehnung der Beamten der bayer. Untersuchungsanstalten für Nahrungs- und Genußmittel als Sachverständige 70
— der Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Unzuständigkeit des Gerichtes 228
Ablösungsrecht des § 268 Abs. 1 (1150) BGB. Ausübung durch den Inhaber eines Rechtes, das im Range zwischen mehreren Hypotheken des Befriedigung verlangenden Gläubigers steht 20
Abtretung aller künftigen Forderungen 444
— einer Briefhypothek 383
Abwesenheitspfleger bei Erbschaftsanfall von Verschollenen 25
— Voraussetzungen für die Aufstellung 305
— Klage und Zwangsvollstreckung gegen ihn 340 f.
Adelsprädikat „von", Führung in Bayern 430
Aktiengesellschaft, Bargründung 417
— Nachgründung 417
— Gründerverantwortung 417
— qualifizierte Gründung 419
— Einzahlung auf die Aktien 418
— Hauptniederlassung 344 f.
— mehrere Niederlassungen ohne Hauptniederlassung 344 f.
Aktive Armee i. S. der GemO. 415
Amtsanwälte, die neuen Dienstvorschriften für — 12, 15
Amtsbefugnis, Ueberschreitung 447 f.
Amnestie 413
Anbau an der Grenze s. Kommunmauer und Ueberbau
Aenderung der Zivilprozeßordnung 311
— der §§ 74, 75, 76 Abs. 1 HGB. 311
— der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige 311
— im Gebührenwesen, Gesetz vom 21. August 1914 348
— des Kriegszustandsgesetzes 364
— des AG GVG. 364
Anerkennung des Anspruches i. S. des § 208 BGB. 20
Anfechtung des Mietvertrags wegen arglistiger Täuschung 230
Angehörige des bayer. Heeres, Haftung des Staates für sie 7 ff.
— Amtspflichtverletzung 9
Ankündigung gegenüber dem Publikum 233, 275, 447
Anlagen, gefährliche, Aufstellung — 253
Anmeldung der Erteilung einer Prokura zum Handelsregister 276
Annahme an Kindes Statt des eigenen Enkels 409
Anpreisen i. S. des § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB. 233
— gegenüber dem „Publikum" 275 f.
Anspruch, Grund und Betrag 426
— auf Anerkennung i. S. des § 208 BGB. 20
— auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut im Mahnverfahren 28
— auf Erfüllungsinteresse bei arglistiger mündlicher Zusicherung eines bestimmten Flächeninhaltes eines Grundstückes 42
— wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft 67
— auf Notweg, Voraussetzungen 191
Anspruch aus Kirchen- und Pfarrverband, Zuständigkeit zur Entscheidung 214
— der Hinterbliebenen eines tödlich Verunglückten aus Vertrag 342
— des Minderjährigen auf Preßberichtigung 382 f.
— auf Mäklerlohn, Kenntnis des Geschäftsherrn von der Mäklertätigkeit 384
— des durch dienstliche Ueberlastung geschädigten Beamten auf Schadensersatz 386
Antrag des Ehemannes auf Eintragung seiner Frau als Miteigentümerin eines Grundstückes 81 f.
Antragsberechtigung 447
Anwachsung eines Erbteils 126 f.
Anwaltsbeschwerde 234
Anwaltszwang beim Antrag nach § 16 GKG. 430
Anwendung von österreichischem Recht auf eine von einem Oesterreicher in Deutschland geschlossene Ehe 313 ff.
Anzeigepflicht des Güterzertrümmerers auch bei formlosen Kaufvertrag 173
Arglist des Veräußerers 68
— des Vermieters beim Abschluß des Mietvertrags 230
Arglisteinrede, allgemeine 358
Armengesetz vom 21. August 1914 348
Armenrecht zwecks Anerkenntnis 51
Aerzteverein, Ausschließung 207 f.
Aufkaufen von Tieren, Begriff 105
Aufrechnung gegen die Aktiendeckungsschuldigkeit 418
— Unzulässigkeit 424
— im Verteilungsverfahren der Zwangsversteigerung 103
— des Erstehers im Zwangsversteigerungsverfahren 379 ff.
Aufrechnungsbescheinigung nach § 1419 RVO., Verfälschung 193
Aufrechnungsverbot 424
Aufschluß aus Akten an Ordinariate 363
Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes 36
Aufstellung gefährlicher Anlagen 253
Aufwandsentschädigung, unpfändbar, unübertragbar 311
Aufzug, Unfall 444 f.
Ausführungsbestimmungen vom 15. September 1913 zum Reichsstempelgesetz 176
— des Bundesrats vom 8. November 1913 zum Wehrbeitragsgesetz 176
Ausgleichung zwischen Gesamtschuldnern 425
Auskunft, unrichtige 67
Auslegung von Testamenten 170 f.
— des Art 92 Ziff. 1 des bayer. Forstgesetzes 317 ff., 329
— des § 54 GBO. 327 ff.
— des bayer. Fideikommißediktes 395 ff.
Auslieferung aus Bulgarien 132
— aus Panama 132
Auslieferungsverkehr, Spezialität 343
Ausschlagungsfrist des § 2306 BGB., Beginn 21
Ausschließung aus einem Vereine 110
— aus einem Aerztevereine 207 f.
— der Widerruflichkeit des Mäklerauftrages 169
Aussetzung der Verfügung des Registergerichts 211
Aussonderungsrecht 444

Ausspähung militärischer Geheimnisse 338
Ausstandsverzeichnisse, gemeindliche, Zwangsvollstreckung auf Grund von — 268 f.
Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt durch Angehörige des bayer. Heeres 9
— öffentlicher Gewalt 192
Außerverfolgungsetzung, Rechtskraft 427
Automatenfirmen sog. Verträge mit — nichtig oder anfechtbar 225 f.
Azetylenverordnung 56

B.

Bankier, Verschwiegenheitspflicht 271
— Zeugnisverweigerungsrecht 272
— Verpflichtung zur Aufklärung des Auftraggebers 407
Bargebotserhöhungen 242 ff., 264 ff.
Bargründung 417
Bau auf der Grenze s. Kommunmauer und Ueberbau
Bauplan, Abweichung vom — 452
Baupolizeiliche Auflagen 451
Baupolizeiliche Uebertretungen, Verjährung 452
Bauvollendungsanzeige 452
Bauwerk i. S. des § 305 StGB. 342
Bayerisches Heer, Haftung des Staates für Angehörige des bayer. Heeres 7 ff.
Beamte der bayer. Untersuchungsanstalten für Nahrungs- und Genußmittel 70
Beamter i. S. des § 352 StGB. 172
Bedingung, Einwirkung auf den Eintritt — 443
Begnadigungssachen, Aktenbehandlung 112
Beihilfe zur Urkundenfälschung 23
— zum Vergehen nach § 284 StGB. 24
Beistände beim Sühnetermin in Beleidigungssachen 339 f.
Beiträge zur Kranken-, Invaliden- und Angestelltenversicherung 156
Beitritt zu einem einstweilen eingestellten Zwangsversteigerungsverfahrens wegen des Zubehörs 309
Bekämpfung übertragbarer Krankheiten 80
Belehrung über Zeugnisverweigerungsrecht 129 f.
Berechnung der Strafzeit 421
— der Besitzveränderungsgebühr beim Erwerb eines Gesellschaftsgrundstückes durch einen Gesellschafter 61 ff.
— der Gegenstandssumme eines Testamentes 73 f.
— des pfändbaren Gehaltes oder Lohnes 401 ff.
Berichtigungsverfahren 129
Berichtigungsanspruch s. Anspruch
Beschlagnahme auf Grund des dinglichen oder des persönlichen Vollstreckungstitels 441
Beschlagnahmte Sachen, Verfügung darüber im Strafverfahren 27
Beschlüsse, amtsgerichtliche, deren Zustellung 37, 57, 113, 167
Beschwerde, sofortige, wegen Ablehnung der Erlassung eines Strafbefehls 442
— keine weitere gegen Kostenfestsetzung im Privatklageverfahren 108
— keine der Großeltern gegen Anordnung der Zwangserziehung über den Enkel 172
— sofortige nach § 60 Abs. 2 BGB., nicht unbefristete aus § 19 FGG. bei Ablehnung der Eintragung eines wirtschaftlichen Vereines 190 ff.
— bei Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Unzuständigkeit 228
— Anwalts- 234
Beschwerde des Konkursverwalters gegen Nichteinziehung eines Erbscheines 387
Besitzveränderungsgebühr beim Erwerb eines Gesellschaftsgrundstückes durch einen Gesellschafter 61 ff.
Bestandteile eines Brauereigrundstücks 99 f.
Bestimmbarkeit der Leistung beim Grundstückskauf 207
Bestrafungen, frühere der Angeklagten und Zeugen, Ermittelung der — 176
Betrug bei Abschluß von Versicherungsverträgen durch den gegen Provision arbeitenden Agenten 171
Bettel 449
Beteiligung i. S. des § 11 PreßG. 383
Beweisantrag und Beweisermittlungsantrag 409
Beweisbeschluß auf Eid 102
Beweislast hinsichtlich der Begründung einer Schuld 169 f.
— beim eigenhändigen Testament 231 f.
Bezirksamt, Befugnis zur staatsaufsichtlichen Prüfung gemeindlicher Verträge auf Lieferung von elektrischem Strom 214
Bierbrauer, Schankrecht 49
Bierpreis, Anschlag 448
Bilanz, Aktivposten 446
— Unterlassung ihrer Ziehung wegen Krankheit 172
Bottich, Bestandteil eines Brauereigrundstückes? 99 f.
Briefhypothek, Klage auf Verschaffung des Hypothekenbriefs 383
Brückenbau ohne Genehmigung 213
Buchmacher 24
Bürgenhaftung 442
Bürgschaft gegenüber einer Firma 252 f.
— Form und Voraussetzung 431
Bürgschaftsleistung, Gesamtschuldnerische 425

C.

„Camembert" als Herkunftsbezeichnung 343

D.

Darlehensvertrag oder stille Gesellschaft 323 ff.
Depeschenträger 361
Dienstvorschriften, die neuen für Amtsanwälte 12, 15

E.

Ehebruch, Zustimmung des andern Gatten 425
— Zurücknahme der Zustimmung 192
— Verzeihung 426
Ehenichtigkeit 136
Ehe- und Erbverträge, altrechtliche, Auslegung 276 f.
Ehrenwort 384 f.
Eidesleistung, Verweigerung, Folgen in einem anderen Rechtsstreite 390 f.
Eigenarten, bayerische im Vormundschaftswesen 35
Eigentumsübergang an Bauteilen für einen Neubau 149
Einfluß des Krieges auf Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Rechts 349 f.
Einrede der Rechtshängigkeit 128
— des Schiedsvertrags 175
— der Wandlung eines mit einem Rechtsanwalt geschlossenen Vertrages 230
Einstellung, vorläufige, nach § 208 StPO. 40
— nur zulässig nach Erhebung der öffentlichen Klage 308
— einstweilige des Zwangsversteigerungsverfahrens hinsichtlich des Zubehörs eines beschlagnahmten Grundstückes 309 f.
Einstweilige Verfügung, Antragsteller, Hauptsache 381 f.
Einziehung geschützter Vögel 131
— von erlegtem Wild oder seinem Erlös 329
— eines Erbscheines, Recht des Konkursverwalters zum Antrag auf — 387
Emeritierung und Gehaltssperre 279 ff.
Entmündigung wegen Geisteskrankheit vor 1. Januar 1900 428
Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft 27
Erbeinsetzung, stillschweigende 106
— unter auflösender Bedingung 385 f.
Erbrecht des mit bestimmten einzelnen Gegenständen Bedachten 26



Erbschein, gegenständlich beschränkter 26
— Beschwerdegegenstand, wenn Grundstücke zum Nachlaß gehören 47 f.
— Wert des Beschwerdegegenstandes 107
— Einziehung 387
Erfüllungsort für Wandelungsanspruch des Käufers 77
Erläuterungen zum Gesetz vom 4. August 1914 betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte gehinderten Personen 333 ff.
Ersatzansprüche infolge Amtspflichtverletzung durch Angehörige des bayer. Heeres 9
Erwerbsgeschäft, Beginn mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung 448
Exceptio doli generalis 358

F.

Fährgerechtigkeit 29
Fahrlässigkeit i. S. des § 11 NahrMittelG. 70 f.
Familie, Familienwechsel i. S. des bayer. Fideikommißedikts 395 ff.
„Festlegung" von Hunden 128 f.
Feststellungsinteresse bei der negativen Feststellungsklage 128
Feststellungsklage, nachträgliche Erhebung der Schadensersatzklage durch den Beklagten 69
— keine zur Entscheidung einer reinen Rechtsfrage 69
Firma einer in eine AG. umgewandelten G.m.b.H. 418
— mehrere eines Kaufmannes 46
— Bürgschaft gegenüber einer — 252 f.
Fischhandelsgeschäft 47
Fleischbeschau, wiederholte 75
— -zwang 75, 193
Forderungen, künftige oder unbestimmt bezeichnete Pfändung 234
Forstberechtigungen 318 f.
— in der Pfalz 277
Freies Ermessen 414
Freiheitsstrafen, Vollzug 66, 178
Frist des § 57 Ziff. 3 GewO., Berechnung bei bedingter Beendigung 282 f.
Fristsetzung nach § 283 BGB. 383 f.
Fünfzehnhundertmark-Vertrag, sog. 18
— und § 288 StGB. 361
Fürsorge des Vormundschaftsgerichtes 36
Fürsorgerecht Mißbrauch des — 277
Fürsorgepflicht, Verletzung der — durch den Vertreter einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft 270

G.

Garnisonältester, Antragsberechtigung 447
Garnisonort als Wohnsitz 353 ff.
Gebühren, bei Umwandelung einer G.m.b.H. in eine AG. 419 ff.
— beim Erwerb eines Gesellschaftsgrundstückes durch einen Gesellschafter 61 f.
— beim Verfahren nach § 144 ZVG. 227 f.
— des Verteidigers im Wiederaufnahmeverfahren 279
Gebührenäquivalent 420
Gebührenermäßigung nach Art. 14 Satz 2 Abs. 3 GebG. 344
Gegenvormund 36
Gehaltssperre und Emeritierung 279 ff.
Gehilfenhaftung 109
Gegenstände i. S. d. § 264a StGB. 297 f.
Geisteskranker mit lichten Zwischenräumen 41
— nicht entmündigter als Privatkläger für sich und sein minderjähriges Kind 389
Geldstrafen, uneinbringliche Restbeträge: Freiheitsstrafen an ihrer Stelle 121
Gemeindeämter, Wählbarkeit von Kriegsteilnehmern 414
Gemeinschaftsmauer s. Kommunmauer
Gendarmen, keine Militärpersonen 11
— Reisekosten 155
Genehmigung, polizeiliche, von Lichtspieltheatern 971
Gerichtsstand, vereinbarter 77
Gerichtsschreiber, Zuständigkeit zu Entgegennahme der Kosten des § 911 ZPO. 19
Geringstes Gebot 441
Gesamtschuld, Anteilsverhältnis nach innen 425
Gesamtstrafen bei Kollektiv-, fortgesetzten und Dauer-Delikten 376 ff.
Geschäftslokal von Militärpersonen während des Krieges 355
Geschäftsvereinfachung 176
Geschmacksmustersachen s. Registerrichter
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Umwandlung in eine Aktiengesellschaft 417
— Veräußerung des Geschäfts im ganzen 418, 420
— Verbürgung der Gesellschafter 425
— Wiederherstellung des gelöschten Eintrages einer durch Konkurs aufgelösten — 173
Gesellschafter, stiller, Prüfungsrecht, Umfang und Ausübung 26
Gesetzesauslegung 436
Gesetzgeberische Maßnahmen aus Anlaß des Krieges 331 f.
Getränke, weinähnliches 104
Gewerbeberechtigung, reale in Bayern, Grundbuchblatt 72 f.
Gläubigerverzug, Beendigung des — 228 f.
Graphische Kunstanstalt, Erfordernisse 254
Grenzeinrichtung s. Kommunmauer
Grenzmauer s. Kommunmauer und Ueberbau
Grund des Anspruchs 426
Grundbuchamt, Prüfungsrecht hinsichtlich Erbscheins 26
Grundbuchamtlicher Vollzug, Haftung für — 447
Grundbuchblatt, für reale Gewerbeberechtigungen in Bayern 72 f.
Güterzertrümmerung der im Zwangswege erworbenen Landanwesen durch Güterhändler 96
Güterzertrümmerungsgesetz, Umgehung des — 248 ff.
Guter Glauben im Falle des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. 209
Gute Sitten, Verstoß 67, 100, 148 f., 166, 168, 175, 208, 226, 250, 300, 357, 385
— s. auch Verstoß

H.

Haftbefehl nach § 489 StPO. 421
Haft- und Verpflegungskosten nach § 911 ZPO., Zuständigkeit des Gerichtsschreibers 19
Haftung des Staates für Angehörige des bayerischen Heeres 7
— für seine Angestellten 386 f.
— des Eisenbahnfiskus für Brandschäden infolge Funkenwurfes 110
— der Gemeinde für Verkehrssicherheit bei Straßenbahnarbeiten 149
— des Vaters eines minderjährigen Kindes für Kosten in einem Rechtsstreite des Kindes 154
— für Gehilfen 109
— des Notars 43, 101, 447
— des Bestellers eines Arztes für den den Arzt fahrenden Kutscher 168
Haftung für unrichtige Angaben im Handelsteil der Tageszeitungen 188 ff.
— wegen Unfalles des Kurgastes durch glatten Fußboden im Kurhause 230
— der Eisenbahn für schuldhafte Transportverzögerung innerhalb der tarifmäßigen Lieferfrist 281 f.
Handlungsgehilfe, lebenslänglich angestellter; Versetzung 358 f.
— Wettbewerbverbot 365 ff.
Handlungslehrling 375
Hausverwalter, Erfüllungsgehilfe des Vermieters 445

Hausverkehr, Gefährdung 300
Heidelbeerwein 70 f.
Heimatschutz 451
Herstellung von Malzwein 312
— von Kognak 312
Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, Ablehnung als Sachverständige 70
Hilfsrichter beim Reichsgericht 32
Hinterlegung aus prozessualer Sicherheit 148
Höchstbetragshypothek für den Ausfall bei einer anderen Hypothek 341
Hunde, Anmeldung 107 f.
Hypothek, Befriedigung aus dem Grundstück 440 f.
— auf einem im Miteigentum nach Bruchteilen stehenden Grundstücke 92 ff.
— Bestellung, Bezeichnung der Forderung 301 f.
— Wirkung ungenügender Bezeichnung 301 f.
— abstrakte Verbindlichkeiten als ihre Grundlage 301 f.
— Höchstbetragshypothek für den Ausfall bei einer andern — oder Gesamthypothek? 341
— Zwangssicherungshypothek neben Vertragssicherungshypothek 360
— Verpfändung; Einwendungen gegen die dingliche und persönliche Klage des Pfandgläubigers 405 f.
Hypothekgläubiger, Verpflichtung zur Ausbietung seiner Forderung 444

J. (i.)

Idealkonkurrenz, im Standrecht 433 ff.
— bei mehreren in einem Zeitungsartikel enthaltenen Beleidigungen 1
Impfpflicht, Beginn und Dauer der — und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter 212 f.
Interessen berechtigte 189
Irrenfürsorge und Rechtspflege 82 ff.

J. (j.)

Jagdrecht auf ausmärkischen Bezirken 52
Justiz- und Verwaltungsdienst, höherer, Vorbedingungen 236

K.

Kaffeeverkauf in Tassen mit einem für einen anderen geschützten Warenzeichen 427
Kinotheater s. Lichtspieltheater
Kirchenstiftungsvermögen, Verwaltung des — 256
Klage, teilweise Zurücknahme durch Uebergang von Feststellungs- zur Leistungsklage stillschweigende Zustimmung des Beklagten zu dieser Zurücknahme 22
— auf Dienstlohn im Urkundenprozesse 23
— auf Unterlassung 67
— auf Feststellung des Nichtbestehens von Schadensersatzansprüchen aus § 823 BGB. für Vergangenheit und Zukunft 69
— des aus einem Aerzteverein Ausgeschlossenen auf Unwirksamkeit der Ausschließung, auch wenn er vor der Ausschließung seinen Austritt erklärt hat 207 f.
— aus § 717 ZPO.; Einwendung, der Geschädigte habe Rechtsbehelfe zur Einstellung der Vollstreckung nicht benützt 232
— auf Nutzungen nach rechtskräftiger Entscheidung über die Hauptsache 390 f.
Klageanspruch, Umfang 390
Klageerhebnng gegen Kriegsteilnehmer 451, 452
Kleingewerbe 47
„Können" i. S. des Art. 18 PStGB. u des § 42 StGB. 329 f.
Kognak, Herstellung 312
Kommunmauer 179ff., 197ff., 223ff., 237ff., 260ff., 290ff.
— Entschädigung; von wem geschuldet? Abtretbarkeit der Entschädigungsforderung 194 f.
— Konkurseröffnung, Zwangsversteigerung und Zwangsvergleich vor Vollendung der — 194 f.
Kommunmauer, s. auch Ueberbau
Konkurrenz von Preßdelikten 1
Konkurrenzklausel s. Wettbewerbverbot
Konkursverwalter 387
Kosten, Niederschlagung 414
— des § 911 ZPO. 19
— Haftung des Nachlaßverwalters einer armen Partei 51
— der Zwangserziehung, Begriff 196
— des Verfahrens bei Zurücknahme des Antrages auf einstweilige Verfügung wegen Veränderung der Umstände 214
— der Stellvertretung der vor Justiz- oder Verwaltungsbehörden geladenen Beamten der Verkehrsverwaltung 392
Kostenfestsetzung keine bei außergerichtlichem Vergleiche 234
Kostenvorschuß 413
Kraftwagen, mißbräuchliche Benützung während der Ausbesserung 109
Krankenversicherungspflicht der im Justizdienst beschäftigten Personen 56
Krankheiten übertragbare; Bekämpfung 80
Krieg, gesetzgeberische Maßnahmen aus Anlaß des 331 f.
— Einfluß des — auf Rechte und Verbindlichkeiten des bürgerlichen Rechtes 349
Kriegsbehinderte; Schutzmaßregeln für 333 ff.
Kriegsteilnehmer, Verlesung ihrer Aussagen 393 ff.
— Wählbarkeit zu Gemeindeämtern 414
Kriegsteilnehmer, Unterbrechung des Verfahrens 450
— Klageerhebung 451
Kündigungsprozeß, Streitwert 76
Kundschaft als aktiver Bilanzposten 446
Kunstanstalt graphische, Erfordernisse 254
Kutscher als Erfüllungsgehilfe des Bestellers eines Arztes 168

L.

Lärm, ruhestörender bei Ausübung eines Gewerbes 174
Legitimationsschein 211
Leichenbitten 449
Leistung, Bestimmbarkeit der — beim Grundstückskauf 207
— i. S. des § 817 BGB. 301
Leumundszeugnisse 112
Lichtspieltheater, stehende, ihre polizeiliche Genehmigung in Bayern 97 f.
Liebesbriefe als rechts- und beweiserhebliche Urkunden 128
Liquidation einer G. m. b. H. 418 ff.
— Dauer und Aufgaben der 173
Löschung einer altrechtlichen Verfügungsbeschränkung im Grundbuch 193
Lustbarkeit, öffentliche 48
— Steuer 48

M.

Mäklerauftrag, Ausschließung der Widerruflichkeit 169
Mäklerlohnanspruch s. Anspruch
Mahnverfahren auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut 28
Malzwein, Herstellung 312
Maßnahmen, sichernde 66
— gesetzgeberische aus Anlaß des Kriegs 331 f.
Maßregel nach Art. 67 II PStGB., Voraussetzungen ihrer Gültigkeit 154
— vorläufige, nach Art. 4 Abs. 2 ZwEG., Voraussetzungen 254
— nach § 1666 BGB. 388
— Wiederaufhebung 306
Mehl 390
Mietvertrag, Haftung aus dem 444 f.
— ohne Festsetzung des Mietzinses 169



Militäranwärter, Beurlaubung 56
Militärische Geheimnisse, Verrat — 284, 336 ff.
— Ausspähung 337 f.
— fahrlässige Preisgabe — 337 f.
— Verabredung des Verrates und der Ausspähung 351
— Pflicht zur Anzeige von Verrat und Ausspähung 352
Militärgerichte, Zuständigkeit 433 f.
Militärpersonen, Wählbarkeit zu Gemeindeämtern 415
— Wohnsitz, Wohnung und Geschäftslokal während des Krieges 353 ff.
Militärwesen 236
Mitbürgen, Ausgleichung 425
Mitteilungen der Staatsanwälte, Amtsanwälte und Gerichte 112
Mitverschulden des Reisenden während der Eisenbahnfahrt 191
Mitwirkendes Verschulden 270 f.

N.

Nachbargrundstück, Einwirkung vom Rückprall des Regens und Windes 170
Nacherbenrecht, Eintragung seiner Verpfändung ins Grundbuch 123 ff.
Nachlaßverwalter, Auslagen und Vergütung des — 130 f.
Nachlaßverwaltung, Bedeutung 130
Namensunterschrift, rechts- und beweiserhebliche Urkunde 23
Ne bis in idem 437
— bei Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß 1, 7
Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts 133 ff., 160 ff.
Notar, Haftung 43, 101, 447
— Versorgung der — und ihrer Hinterbliebenen 236
— Vollstreckungsklauseln der 321 ff.
Notariatsgehilfen, bayerische, ihre Verhältnisse 94 ff.
Notweg, Voraussetzungen 191

O.

Oeffentliche Klage, Wiederaufnahme 427
Oesterreich, Auslieferung 343
Offenbarungseid des Testamentsvollstreckers 44
Offiziere, Beleidigung, Antragsberechtigung 447
— Haftung des Staates für bayerische — 7
Ordnungsstrafe nach dem VZG. 449 f.

P.

Persönlicher Verkehr, Regelung 428
Personalakten, polizeiliche 112
Personen des Soldatenstandes 10
Pfändbarer Gehalt (Lohn), Berechnung 401 ff.
Pfändung künftiger oder unbestimmt bezeichneter Forderungen unzulässig 234
Pfändungspfandrecht und Vertragspfandrecht an derselben Sache 440
Pfändungsvorrecht für Unterhalt unehelicher Kinder, Umfang 347
Pfandrecht, Befriedigung aus dem Pfandgegenstand 439 f.
Pflegschaft, keine Prüfung des Prozeßrichters, ob sie richtig angeordnet 150
Pflichtteilslast, Verteilung zwischen Erben und Vermächtnisnehmer 302 f.
Polizeiblatt, bayerisches 112
Polizeihaft 421
Polizeivorschrift, Nebenwirkung 206
Post, Ueberweisungs- und Scheckverkehr 285 ff.
Postgebühren 48
Postordnungen 56
Postscheckgesetz 196
Postzwang 151
— pflichtige Gegenstände, Beförderung 151
Preis, Anschlag in den Verkaufsräumen 449
Preisgabe militärischer Geheimnisse 337 f.
Preßdelikte, Konkurrenz, Rechtskraftfragen 1
Privatkläger, Kostentragungspflicht 413
— Geisteskranker 389
Protokolle eines anderen Rechtsstreites als Beweismittel 390
Prozeßkosten, Auslagen für Lichtbilder und Ortsbesichtigung 52
Publikum 447

R.

Raum, heizbarer 28
Rechnungslegung durch Testamentsvollstrecker 44
Rechnungswesen bei den Strafanstalten 80
Rechtsanwalt, Haftung 102
— Prüfungspflicht bei Zustellung 210
Rechtsanwaltschaft, Zulassung zur — 284
Rechtsgeschäft, Unwirksamkeit, Nichtigkeit 133 ff., 160 ff.
Rechtshängigkeit, Einrede 128
Rechtshilfe, unzulässige 51
— in Arbeiterversicherungssachen 105
Rechtshilfeverkehr mit Bulgarien 132
Rechtskraft, der Außerverfolgungsetzung 427
— Wirkung bei Versäumnisurteil 155
— Wirkung bei Strafbescheiden der Versicherungsämter 193
— Wirkung des Urteiles 390 f.
Rechtskraftfragen bei Konkurrenz von Preßdelikten 1
Rechtspflege und Irrenfürsorge 82 ff.
Rechtswidrigkeiten der Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit 294 ff.
Registerrichter, Prüfungspflicht in Geschmacksmustersachen 137 ff., 164 ff., 185 ff.
— Prüfungspflicht in Genossenschaftssachen, Nichteintragung eines ordnungswidrigen Generalversammlungsbeschlusses 307
Reichsfiskus, Vertretung 156
Revision wegen Verletzung des § 415 StPO. 108
— keine auf Mitteilung von Geschworenen über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung 152 f.
— gegen ein nach § 539 ZPO. erlassenes Urteil 210
Richter, Amtspflichtverletzung 43
Rückgewähr durch Sicherheitsübereignung 323 f.

S.

Saccharinschmuggel aus der Schweiz unmittelbar nach Oesterreich 275
Schaden, Begriff 445
Schadenersatz, Höhe 383 f.
Schadenersatzanspruch s. Anspruch
Schadensteilung bei beiderseits verschuldeter Unmöglichkeit 148
Schankrecht der Bierbrauer 49
Scheckgeheimnis der Post 288
Scheckverkehr der Post 285 ff.
Schenkung von Todes wegen 125 f.
Schenkungsversprechen 169
Schiedsgericht, rechtliches Gehör 52
— oder Schiedsgutachten? 175
Schiedsgutachten 175
Schiedsrichter, Ablehnung 52
— in eigener Sache 175
Schiedsvertrag, Einrede und Nichtigkeit des — 175
Schlachthauszwang, Ausdehnung auf Schlachtung von Schweinen für den eigenen Hausbedarf 309
Schreibweise eines Namens, Feststellung der — 359
Schriftstücke Verstorbener, Verlesung im Strafverfahren 258 ff.
Schubhaft 421
Schützengesellschaften, privilegierte in Bayern, Ausschließung eines Mitgliedes 411
— Zuständigkeit der Generalversammlung 411



Schützengesellschaften, Klage gegen die Ausschließung 411
— Stellung des Schützenkommissariates 410
Schuldnerverzeichnis, Form 41
Schuldverschreibungen 256
Schulpflichtverordnungen 79
Schutzgesetz 208, 253
Schutzmaßregeln für Kriegsbehinderte 333 ff.
Selbstkostenpreis, keine Eigenschaft einer Sache 167 f.
Sichernde Maßnahmen 66, 177 f.
Sicherheit, prozessuale, Umwandlung in Hinterlegung 148
Sicherungsübereignung als Rückgewähr 323 f.
Siegelbruch, Voraussetzungen 356
Sondergerichte, Zuständigkeit 433 ff.
Sperrjahr bei Liquidation einer G. m. b. H. 418, 419
Spezialität im Auslieferungsverkehr, bes. mit Oesterreich 343
Standrecht, Idealkonkurrenz und Aenderung der Strafklage 433 ff.
— Zuständigkeit 433 ff.
— Verweisung vom Standrecht an das ordentliche Gericht und umgekehrt 437 ff.
Statistisches zum Gesetz vom 19. Juni 1912 betr. die Aenderung des Strafgesetzbuches 311
Stempelbefreiung bei teils bebauten teils unbebauten Anwesen 122 f.
Stille Gesellschaft oder Darlehensvertrag? 323 ff.
Stiller Gesellschafter, Prüfungsrecht, Umfang, Ausübung durch Bevollmächtigten 26
Strafandrohung zur Erzwingung positiven Tuns 151
Strafantrag, Berechtigung 447
— Erlöschen des — bei außergerichtlichem Vergleich 346
Strafanstalten, Rechnungswesen 80
Strafbefehl, Ablehnung der Erlassung 442 f.
— Wiederaufnahme des Verfahrens 404
Strafbescheide der Versicherungsämter Wirkung, ihrer Rechtskraft 193
Strafen, ungesetzliche Hinderung ihres Vollzugs 96, 298 f.
Straferlaß im Dienststrafverfahren 201 ff.
— des bayer. VG. 217 ff.
Strafhaft 117, 421
Strafklage, Aenderung der — im Standrecht 433 ff.
— Verbrauch im Privatklageverfahren 108
Strafmilderung im Dienststrafverfahren des bayer. VG. 201 ff., 217 ff.
Strafregister 32
Strafsachen, amts- und schöffengerichtliche, neue Vorschriften für ihre Behandlung. 12, 13
Strafvollstreckung 114 ff., 143 ff.
Strafvollzugsgesetz, Vorentwurf 177 ff.
Strafzeit, Berechnung 117, 143 f., 421
Streitgenossen als Zeugen 150
Streitwert eines Kündigungsprozesses 76
— eines Arrestes 234
— -festsetzung, gerichtliche 234
Stundung, Einrede der — 442
Süßstoff, Einfuhr aus Schweiz, Wiederausfuhr nach Oesterreich 24

T.

Tätigkeit, landwirtschaftliche 49
Tageszeitungen, unrichtige Angaben im Handelsteil 188 ff.
Tamarindenmus 104
Tank, Bestandteil eines Brauereigrundstücks? 99 f.
Tatbestand, mangelhafter 211
Tateinheit bei gleichzeitiger Gebrauchnahme von mehreren gefälschten Urkunden 304
Tatsachen, neue 209, 427
Testament, Auslegung 170 f.
— unrichtig datiertes eigenhändiges 231
— eigenhändiges mit Lücken für spätere Anordnungen und der Unterschrift auf einer leeren Seite 231 f.
Testamentsvollstrecker 44
— Stellung bei Auseinandersetzung des Gesamtgutes 274
Traubenmaische 104
Treu und Glauben 444

U.

Ueberbau 58 ff., 157 ff., 181, 194 f., 197 ff., 223 ff., 237 ff.
— s. Kommunmauer
Ueberlands-Elektrizitäts-Zentralaktiengesellschaften, Verträge mit bayer. Kreisgemeinden 17, 166
Uebernahmerecht nach § 1477 Abs. 2 BGB., gehört zum Nachlaß 273 f.
— kann vom Testamentsvollstrecker ausgeübt werden 273 f.
— Zeitpunkt und Voraussetzung seiner Ausübung 273 f.
Ueberstreckung von Wein 72
Uebertretungen, Statistik 256
Ueberweisung- und Scheckverkehr der Post 285 ff.
Unabwendbarer Zufall, Begriff 304
— Versehen des Gerichtsschreibers 303
— Verhalten des Gerichtes 304
Unfall an einem Aufzug 444 f.
— in einer Wirtschaft 101, 426
— in einer Kegelbahn 42
— auf einem Treppenlinoleum 101
— auf einer Ortsstraße 149
— während der Eisenbahnfahrt 191
— des Kurgastes durch glatten Fußboden im Kurhause 230
— des Mieters durch Geräte auf der Treppe 300
Unterbrechung des Verfahrens gegen Kriegsteilnehmer 450 f.
Unterlassungsklage 67
Unterhalt eines minderjährigen Kindes; Bemessung des — 342
Unterhaltsübereinkommen 37
Unternehmen einer strafbaren Handlung, Begriff 327
Unternehmung, gemischtwirtschaftliche 17, 166
Untersuchungshaft Anrechnung 144 f., 423
— bei Gesamtstrafe nach § 79 StGB. 253
— Entschädigung für unschuldig erlittene 27
Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts 133, 160 ff.
Unzüchtiger Gebrauch, zum — bestimmt 275
Urkundenfälschung, Beihilfe; Gehilfenvorsatz; durch Fälschung von Blankoindossament 23
— bei Verfälschung von Aufrechnungsbescheinigungen nach § 1419 RVO. 193
— nur beim Willen auf den Rechtsverkehr einzuwirken 253
Urkundenprozeß, Klage auf Dienstlohn im — 23
Urkundenunterdrückung 408
Ursprungsort einer Zeitung, doppelter — 151
Urteile, rechtskräftige, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit 294 ff.

V.

Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes, Belehrung 327
Veräußerung des Geschäfts einer G. m. b. H. im ganzen 418, 420
— fiduziarische von Gegenständen in der Absicht, sie dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, Wirkung 300 ff.
Verbindung von Sachen mit einem Grundstück durch den Pächter 229
Verbrechensmehrheit bei mehreren in einem Zeitungsartikel enthaltenen Beleidigungen 1
Verbürgung, gesamtschuldnerische 425
Verfälschung von Heidelbeerwein 70 f.
Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Wirkung rechtskräftiger Urteile im — 294 ff.
— Rechtswidrigkeiten der Beteiligten im — 294 ff.
Vergleich im Privatklageverfahren 108
— außergerichtliche, keine Kostenfestsetzung 234



Verhältnis zwischen § 284 StGB. und §§ 3, 6 RennWettG. 233
— zwischen Forstberechtigungen und forstpolizeilichen Vorschriften in der Pfalz 277 ff.
— des § 153 GewO. zu dem eine härtere Strafe androhenden allgemeinen Strafgesetze 308
— dasselbe rechtliche 342
— zwischen § 242 StGB. und § 370 Nr. 5 StGB. 408
Verjährung bei Baupolizeiübertretungen 452
Verkehrssicherheit 300, 426
Verkehrsverbot gegenüber Aerzten 207 f.
Verlesung von Schriftstücken Verstorbenen im Strafverfahren 258
— der Aussagen von Kriegsteilnehmern 393 ff.
Verlöbnis, Bruch des —, Schadensersatzklage, Verhalten des klagenden Teiles nach dem Bruche 272
— neuerliche Bereitwilligkeit des Beklagten zur Eheschließung 272 f.
Vermieter, Haftung 42, 101, 300, 444 f.
— Ueberwachungspflicht, Umfang 100
— Offenbarungspflicht 230
— Schutzpflicht 300
Vermittlungsagent für Darlehen, Begriff 345 f.
Vermögensbeschädigung durch Bewirkung einer Gutschrift 304 f.
Veröffentlichungsbefugnis des amtlichen Vorgesetzten 355
Verrat militärischer Geheimnisse 284, 336 ff., 350 ff.
Versäumnisurteil gegen Kriegsteilnehmer 450
Verschönerung des Stadtbildes 451 f.
Verschollener Erbschaftsanfall, Abwesenheitspflegschaft 25
Verschulden, mitwirkendes 270 f.
Verschwendung durch nachlässiges Wirtschaften 325
Verschwiegenheitspflicht des Bankiers 271
Versetzung des lebenslänglich angestellten Handlungsgehilfen 358 f.
Verstoß gegen die guten Sitten bei fahrlässiger falscher Auskunft 67
— bei Häufung von Vertragsstrafen 100
— bei Gewährung von Mitteln zum Spiel 148 f.
— bei Forderungsabtretungen 166
— bei einem Bestechung vorsehenden Agenturvertrag 168
— bei Schiedsvertrag, wenn Beteiligte Schiedsrichter in eigener Sache sein sollen 175
— durch das sog. Verkehrsverbot gegenüber Aerzten 208
— bei Verträgen mit sog. Automatenfirmen 226
— bei Verträgen zur Umgehung des Güterzertrümmerungsgesetzes 250
— bei Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes 271
— bei den fraudulosen Geschäften des § 31¹ KO. und § 3¹ AnfG. 300 f.
— bei Verträgen zwischen Eheleuten zur Erleichterung der Ehescheidung 357 f.
— bei Erlangung eines Urteiles, Wirkung 357
— bei Wettbewerbverbot unter Bindung auf Ehrenwort 384 f.
Versuch, untauglicher 449 f.
Vertagungsgrund, Erheblichkeit des — 109
Verträge bayer. Kreisgemeinden mit Ueberlands-Elektrizitäts-Zentral-Aktiengesellschaften 17
— mit Automatenfirmen, nichtig oder anfechtbar? 225 f.
— zur Umgehung des Güterzertrümmerungsgesetzes 248 ff.
— zugunsten Dritter, Form 358, 150
Vertrag, sog. 1500 Mark — 18, 361
— mit Rechtsanwalt als Werkvertrag 229 f.
— über die Verpflichtung zur Abnahme von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H., Form 407
Vertragsanspruch Hinterbliebener eines Verunglückten 342
Vertragsstrafe, Ermäßigung 426
— Häufung 100
Vertragsverhältnis trotz verweigerter Unterschrift des Vertragsentwurfs 147
Vertragsverletzung, zugleich unerlaubte Handlung 208
Vertreter beim Sühnetermin in Beleidigungssachen 339 f.
Vertrieb i. S. des § 20 Abs. 2 FleischbG. 193 f.
Verwaltung, zwangsweise auf Grund § 1434 BGB. 118 ff.
Verweisungsbeschluß nach § 697 ZPO., Gebührenpflicht 175, 213 f., 299 f.
Verzicht, nachträglicher auf Ansprüche aus Mängeln eines Grundstückes 68 f.
— auf Vorbehalt des Rechtes auf Vertragsstrafe 100
— des Gläubigers im Zwangsvergleich 102
— der Frau auf Unterhalt gegen die Verpflichtung des Mannes, ihr einen Grund zur Scheidung zu geben 357
Vollstreckungsbefehl nach Zurücknahme des Widerspruchs? 255 f.
Vollstreckungsklauseln der Notare 321
Vollstreckungskosten, Begriff 51
Vollstreckungstitel, Zwangsversteigerung aus dem dinglichen oder dem persönlichen — 439 ff.
Vollzug ungesetzlicher Strafen, Hinderung des — 96, 298 f.
— des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes 284
— der Wandlung, Zwischenstreit 403
Volontär 375
Vorausklage, Einrede der — 442
Vorbehaltsklausel des internationalen Privatrechtes 315 ff.
Vorgesetzter, Veröffentlichungsbefugnis nach § 200 StGB. 355
Vorläufige Einstellung, s. Einstellung
Vormerkung für Anspruch auf Hypothekbestellung aus einem Vertrage zugunsten Dritter 150
Vormund, Strafbarkeit nach § 153 GewO. 131
Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung 448
Vorsatz i. S. des § 1492 RVO. 326
Vorschriften, neue, für die Behandlung der amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen 12, 13
— ortspolizeiliche, Voraussetzungen ihrer Gültigkeit 75, 193 f.
— gesundheitspolizeiliche; ihre Gültigkeit beim Wechsel hygienischer Anschauungen 389 f.
Vorübergehender Zweck 229

W.

Wählbarkeit zu Gemeindeämtern 414
Wandlung 403
Wandelungsanspruch des Käufers, Erfüllungsort 77
Warenzeichenschutz 427
Wechselforderungen, Beitreibung von — 203 f.
Wein, Voraussetzung der Zuckerung 71
— seine Ueberstreckung und Verkauf als einheitliche Handlung 72
Werkmeister, Begriff 384 f.
Werkvertrag, Rücktritt 168
Wertzuwachssteuer, Uebernahme der — durch Käufer erhöht Kaufpreis 153
Wette, Weitergabe an Buchmacher 24
Wettbewerbverbot für Handlungsgehilfen 365 ff.
— für Handlungslehrlinge 375
— für Volontäre 375
— für Gewerbsgehilfen (Werkmeister) 384 f.
— Umgehung des 192
Wichtiger Grund zur Kündigung des Dienstverhältnisses 271
— infolge des Krieges 349 f.
Wiederaufnahme der öffentlichen Klage 427
— des Strafbefehlsverfahrens 404
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 132, 304
Widerklage, Zulässigkeit 424
— trotz Unzulässigkeit der Aufrechnung? 204 ff., 251 f.
Wild, Einziehung 329 f.

Wirt, Haftung für Verkehrssicherheit 426
— Umfang der Beleuchtungspflicht 101
Wirt, Verpflichtung zur Abgabe seiner Verkaufsgegenstände 449
— Bierpreisanschlag 448 f.
Wirtschaftliche Güter als Bilanzposten 446
Wohnsitz von Militärpersonen während des Krieges 353 ff.
Wohnung von Militärpersonen während des Krieges 353 ff.

Z.

Zahlungsfrist, gerichtliche Bewilligung 442
„Zentrale", mißbräuchliche Verwendung der Bezeichnung — 388
Zollvergehen 449
Zeugnisverweigerungsrecht des Bankiers 272
Zuckerung des Weines; Voraussetzungen 71
— erlaubte 233
Zugewinstgemeinschaft 73 f.
Zurückbehaltungsrecht, Zulässigkeit 424
Zurückverweisung in die erste Instanz 68
— unrichtige an das Landgericht 192
Zurückbehaltungsrecht, seine Behandlung im Prozesse 125
— in Verbindung mit Widerklage 251
— sittenwidrige Ausübung 271
Zusammenhang, ursächlicher 270 f.
Zusicherung, mündliche beim Grundstückskauf 42
Zuständigkeit des Standrechts 433 ff.
— militärgerichtliche 433 f.
— des Gerichtsschreibers zur Entgegennahme der Haftkosten nach § 911 ZPO. 19
Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes für Ehescheidung österr. Ehegatten auf Grund Vereinbarung 45
— Vereinbarung unanfechtbar 46
— zur Verbescheidung der Beschwerden wegen verweigerter Rechtshilfe in Arbeiterversicherungssachen 105
— znr Kostenfestsetzung im Privatklageverfahren 108
— zur Ausschließung des Mitgliedes eines eingetragenen Vereines 110
— zur Behandlung des Nachlasses eines in Deutschland verstorbenen, aber im Auslande im Gebiete eines Gerichtskonsuls wohnhaften Deutschen 122
— zur Verbescheidung der Rechnung über Auslagen und Vergütung des Nachlaßverwalters 130
— zur Entscheidung über Anspruch aus Kirchen- und Pfarrverband, auch wenn Kläger seinen Anspruch aus einem privatrechtlichen Vertrag ableiten will 214 f.
— ausschließliche des Kaufmannsgerichts 326
Zustellung verkündeter amtsgerichtlicher Beschlüsse 37 ff., 57 ff., 113, 167
— öffentliche oder Ersatz — 210
— gemeindlicher Ausstandsverzeichnisse vor der Pfändung 268 f.
Zustimmung (stillschweigende) des Beklagten zur Zurücknahme der Klage 22
Zwangssicherungshypothek neben Vertragssicherungshypothek 360
Zwangsversteigerung aus dem dinglichen oder dem persönlichen Vollstreckungstitel 439 ff.
Zwangsvollstreckung auf Grund gemeindlicher Ausstandsverzeichnisse 268 f.
Zweck vorübergehender 229
Zwischenstreit über den Vollzug der Wandlung 403

III. Verzeichnis der Gesetzesstellen.

(Die **fetten** Zahlen bedeuten die Paragraphen oder Artikel, die kleinen die Seiten.)

A. Reichsgesetze.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

6 Nr. 2 325
7 354
9 353 f.
11 354
18 25
19 25
25 410
27 350
31 149, 270
32 410
39 410
55 110
60 190 ff.
73 190 f.
89 149, 270
90 99
93 59, 99, 158, 180, 199
94 59, 99, 157 ff., 180, 199, 239
95 59, 157 ff., 180, 197 f., 229, 239
97 99, 310
98 99, 310
104 Nr. 2 41
104 Nr. 3 428
105 163
118 161
119 161
120 161
121 161
122 161
123 42, 161, 225 f., 230
124 161, 336
126 23
133 106, 110
134 166, 300
135 161
136 161
138 100, 148 f., 166, 168, 175, 226, 250, 300 f., 357 f., 385
139 42, 162, 250
140 162 f.
141 162 f., 227
142 161
154 169
155 169
157 110, 350
161 161 f.
162 443
197 390
203 335
208 20
209 Abs. 1 22
210 336
211 22
212 22
241 151
249 208, 445
254 43, 148, 191
268 Abs. 1 20
269 77
273 125, 251, 342, 424
274 125, 424
275 349
276 67, 102, 149, 191
278 102, 109, 168, 270, 387
279 349
280 349
283 383 f.
284 246
306 239
311 420
313 160, 182, 199, 207, 241
315 169, 207
316 169
317 175
323 349
328 150
341 100
343 426
346 77
348 77
372 148, 293
392 403
394 311
398 444
400 311
401 252
404 405
405 405
406 103
407 291, 405
412 252
426 94, 425
427 191
449 153
459 168
462 77
463 42, 168
467 77
468 42
476 42, 69
477 336
505 162
506 161
512 97
518 160, 169
538 42
539 43
552 350
566 160
573 162
574 161
607 169, 346
610 346
611 229
614 23
616 350
618 270, 350, 386
626 271, 350
631 150, 229
633 230
634 230
641 150
644 150
675 102, 229
712 350
716 26
723 350
741 223 f.
742 180
743 261
744 261
745 241, 261, 263, 293
746 223, 241, 261, 263, 290
748 180, 293
749 223
751 223
761 358
762 160
763 160
764 160
765 431
766 160, 431
767 442
768 442
774 425
780 23, 302
781 302
802 336
812 180, 224
817 300, 358
818 390
822 224 f.
823 43, 69 f., 149
824 188
826 67, 208, 357 f.
831 232, 233
839 8, 9, 11, 43, 101, 447
844 270, 342
873 150
876 290
877 290
880 Abs. 5 20
883 150, 161, 207
894 302, 306
903 170
905 158
906 110
907 170
912 58 f., 159 f., 197 f., 239
917 181
918 191
921 180, 199 f., 223, 238 f., 240 f.
922 223 f., 238, 240 ff., 261 f.,
923 158
946 59, 61, 157 ff., 180
947 158
951 180
1001 160
1002 336
1004 110, 261, 292
1008 92
1010 223, 239, 242
1020 318
1023 318
1065 290
1113 301
1114 92, 328
1115 301
1118 245
1120 292, 310
1123 162
1124 161 f.
1126 161
1132 92 ff.
1133 290
1134 118 ff., 290
1138 405
1147 440 f.
1150 20 f.
1163 360
1164 441
1168 360
1172 94
1173 94
1174 94
1175 94
1176 94
1181 246
1182 94
1184 341
1190 341
1197 245
1201 290
1233 439 f.
1234 ff. 439 f.
1273 185 f.
1274 186, 311
1275 405
1277 186
1280 292
1282 380 f.
1298 272, 405
1299 272
1300 272
1317 136
1394 160
1442 328
1475 274 f.
1476 274 f.
1477 273 ff.
1565 425
1567 209
1570 426
1596 161
1597 161

1599	336	1962	130
1610	342	1966	160
1636	428	1975	130
1645	448	1987	130
1666	254 f., 277, 306, 388	1997	336
1671	306	2032	26
1792	36	2075	386
1799	36	2078	161
1833	37	2084	106, 232
1835	130	2086	232
1836	130	2087	26
1837	36, 130, 306	2094	1267
1840	130	2113	124
1841	130	2160	162
1842	130	2215	44
1843	36, 130	2218	45
1846	36	2281	231, 232
1886	307	2306	21
1892	130	2307	303
1909	335	2318	303
1911	25, 305	2320	303
1915	130	2321	303
1921	340	2324	303
1922	26	2337	162
1923	162	2359	295
1944	Abs. 2 21	2361	295, 387
1960	25	2362	295
		2369	26

2. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

3	320	82	410
7	313	109	320, 329
13	313 f.	111	320, 329
15	313	113	318 f., 329
17	313	115	318 f., 329
21	313	155	428
25	313	163	410
27	314 f.	168	193
30	315 f.	173	238
55	319, 329	181	238
74	72 f.	189	328
77	8, 9	189	193

3. Handelsgesetzbuch.

2	47	118	26
4	47	133	296
13	345	140	294
17	46, 252	142	294
18	46, 254, 388	146	294
22	252	186	417, 419
23	252	191	417
25	252	192	417
30	46, 418	195	419
39	418	207	417
40	446	208	417
50	46, 345	221	418
51	345	248	18, 166 f.
53	276	271	296
59	365	313	418
70	350	335	323 f.
74	311, 365	338	26, 294
75	311, 365	342	323 ff.
76	Abs. 1 311, 366	355	346
92	350	466	281 f.
117	296, 350		

4. Gesetz vom 10. Juni 1914 betr. die Aenderung der §§ 74, 75, 76 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches.

I 74	367	75c	373
74a	367 ff.	75d	374
74b	367 ff.	75e	374
74c	370	75f	374
I 75	371	I 76	Abs. 1 375
75a	372	II 82a	375
75b	373	III	375

5. Wechselordnung.

12	23	36	23
21	23		

6. Scheckgesetz.

4	287	14	287 f.
13	288		

7. Bekanntmachung des Bundesrats vom 29. August 1914 betr. die weitere Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts.

1	348	2	348

8. Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H.

15	Abs. 4 407	66	173
41	446	70	173, 419
60	173	73	418

9. Genossenschaftsgesetz.

11	307	51	307
16	307		

10. Börsengesetz.

56	160

11. Gesetz vom 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen.

3	164, 185 f.	9	137 ff., 187 f.
6	138	10	129
7	142	11	187
8	141	12	138 ff.

12. Warenzeichengesetz.

14	427	16	343

13. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

15	427

14. Gewerbeordnung.

26	110, 208	60d	105
33a	97 f.	118	160
35	Abs. 7 346	120a	208
43	211	133c	350
44	Abs. 3 49	133f	384
55	105	148	Ziff. 4 346
57	282 f.	153	131, 308

15. Reichsversicherungsordnung.

115	105	1495	193
1419	193	1571	105
1492	326		

16. Einführungsgesetz zur Reichsversicherungsordnung.

85	105

17. Personenstandsgesetz.

22	360	65	359 f.
54	360	66	295, 359 f.
59	360		

18. Gerichtsverfassungsgesetz.

14	333	159	51, 105
157	105	160	105
158	105	200	152 f.

19. Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

11	8

20. Zivilprozeßordnung.

3	76, 234	725	321
6	234	726	321 f.
7	192	727	321 ff.
29	77	730	323
42	52	731	323
43	52	732	323
50	160	739	28
51	130	740	328
57	335 f.	742	322 f.
68	130	750	268 f. 322
78	431	767	310, 323, 404
91	52, 214, 342	771	310
93	214	775	310
106	51	776	310
114	51	788	51
128	102	794	441
180	355	795	321, 441
183	355	800	323
224	109	803	439
227	109	804	185, 440
232	132	808	439 f.
233	132, 303, 304	814	439 f.
237	129 f.	815	334
238	132	821	334
247	334	825	334
248	336	829	185 f. 292
249	333, 336	830	380
250	336	835	341, 380 f.
252	336	840	288
253	Abs. 2 Nr. 2 23	844	186
256	69 f., 208	847	234
257	204	848	120
271	22, 214	850	311, 347, 401 f.
274	175	851	234
280	403	855	120
286	390	857	120, 185
294	334	860	328
313	211	864	94, 360
317	38, 57, 113	867	94
322	156, 296, 328, 390	868	360
		881	335
323	209 f.	883	120, 334
325	328, 390	885	120
328	Nr. 1 128	887	151
329	38 f., 57, 133	888	151
330	155	890	151
335	450	900	Abs. 3 37, 39, 58, 113
360	102		
415	390	901	58
461	102	911	19
463	102, 390	915	41
464	390	916	293
491	114	919	382
496	38 f., 57 f., 113	920	184
497	39	922	114
537	68	926	382
538	192, 210	930	269 f.
539	210	935	184, 293, 382
565	210	936	184, 382
592	23	940	184, 293, 382
597	23	952	335
616	209	970	335
688	28	987	335
695	255	1017	335
697	175	1025	175, 333
709	410	1032	52
710	410	1034	52
717	232	1041	52

21. Gesetz vom 4. August 1914 betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte gehinderten Personen.

2	333 ff., 450	4	333 ff.
3	333 ff.	5	333 f.
6	333, 335	9	333 ff.
7	333, 335 f.	10	333
8	335 f.	11	334 f.

22. Bekanntmachung vom 7. August 1914 über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen (RGBl. 357).

1	442	2	442

23. Kaufmannsgerichtsgesetz.

4	326	6	326
5	326		

24. Lohnbeschlagnahmegesetz.

1	401 f.	4	401 f.
3	401 f.		

25. Zwangsversteigerungsgesetz.

10	Abs. 5 380, 440 f.	56	247
		59	267
20	292, 310	63	94
21	292	64	94
22	292	65	310
23	292, 441	78	268
24	292	89	379
27	310	91	379
29	310	92	379
30	310	104	379
31	310	105	381
32	310	107	380
37	Nr. 5 310, 380	109	380
		111	380
44	441	112	94
45	265	118	246, 379 ff.
49	242	125	245
50	242 ff.	143	228
51	242 ff.	144	227 f.
52	242 ff.	148	292
55	310	172	310

26. Konkursordnung.

29	161	73	335
30	335	76	335
31	335	102	335
32	335	117	186
43	444	121	288

27. Gerichtskostengesetz.

16	234, 430	80b	48
18	213	88	413
26	175, 213, 299	90	413

28. Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

12	234	68	279
67	279	70	279

29. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

2	51	75	130
12	295	86	294
18	429	93	296
19	190 ff.	95	294
20	130 f., 306, 387	127	211
28	190 ff.	145	294, 296
57	Nr. 6 306	146	294
59	306 f., 428	176	Abs. 3 34 f.
63	307	183	34 f.
73	Abs. 1 122	199	190 ff.

30. Grundbuchordnung.

19	123 ff.	29	306
22	81 f., 123 f., 306	36	26

40 123 ff., 305 f.
43 302
48 93, 305
49 93
52 123 ff.
54 302, 327 ff.
83 72 f.

31. Strafgesetzbuch.

28 121
29 122
42 329 f.
49 23, 24
49a 436
60 145, 253
67 452
73 1, 233, 304, 433 ff.
74 24
79 253, 376 ff.
92 337
113 434 ff.
136 356
184 Abs. 1 Nr. 3 233, 275, 447
185 6, 308
186 6
193 6
169 355, 447
200 355
223 308
240 308
241 308
242 408
263 171 f., 304 f.
264a 297 f.
267 253, 304
274 Nr. 1 408
284 24, 233
288 301, 361 ff.
305 342
352 172
359 361
360 Nr. 1 353
360 Nr. 8 430
360 Nr. 11 174
361 Nr. 4 449
367 Nr. 15 28, 213, 451
370 Nr. 5 408

32. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch.

2 319

33. Nahrungsmittelgesetz.

2 76
3 76
4 76
11 70 f.

34. Fleischbeschaugesetz.

2 309
20 75 f., 193 f., 309
24 75 f., 309
29 75 f.

35. Weingesetz.

2 104
4 104
9 104
10 104
26 104
27 105

36. Süßstoffgesetz.

7 24

37. Gesetz betr. die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen.

1 233
3 233
6 233

38. Preßgesetz.

11 382 f.
15 353

39. Impfgesetz.

1 212
3 212
4 212
12 213
14 213

40. Vogelschutzgesetz.

7 131

41. Viehseuchengesetz.

40 128 f.
74 105, 128

42. Strafprozeßordnung.

99 288
100 288
101 288
111 27
202 228
207 228, 442 f.
208 40, 308, 433, 434
209 228
210 228, 427
244 259
248 258 ff.
249 258 ff.
250 258 ff., 393 ff.
260 259
264 327
351 Abs. 2 442
352 108
372 4, 6
399 405
415 1, 108
420 339
447 442
448 442
482 146, 423
489 421 f.
490 96, 298 f.
496 413

43. Gesetz betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft.

1 28
4 27 f.

44. Reichsbeamtengesetz.

118 218

45. Gesetz vom 22. Mai 1910 über die Haftung des Reiches für seine Beamten.

1 9

46. Offizierspensionsgesetz.

5 10
38 10, 11

47. Mannschaftsversorgungsgesetz.

3 10
41 10, 11

48. Reichsmilitärgesetz.

38 415

49. Kriegsleistungsgesetz.

3 12
6 12
14 12
35 12

50. Naturalleistungsgesetz.

14 11

51. Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse.

1 337
2 338, 352
3 337 f.
4 338, 352
5 351
6 351, 364
7 351, 364
8 337 f., 352
9 352
10 352, 364
11 352
12 353
13 353
14 353
16 353
18 353

52. Militärstrafgerichtsordnung.

2 434
3 433 f.

53. Konsulargerichtsbarkeitsgesetz.

2 122
7 122
18 122
19 122

54. Postgesetz.

1 151 f.
2 151 f.
5 288
6 287
14 287
27 151 f.

55. Postscheckgesetz.

1 286
2 286 f.
3 289
4 286 f., 289
5 286
7 288
8 286
9 287, 289
10 288

56. Reichspostscheckordnung.

1 286
2 287 f.
3 288
4 288

5 286
6 286 ff.
7 286 ff.
8 286, 288
9 286 f.

57. Internationales Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr in der Fassung vom 19. September 1906.

41 281 f.

58. Reichsschuldbuchgesetz.

3 288
9 288

59. Reichsstempelgesetz.

7 419
88 123
Tarif 11 lit. a und d 123 — Spalte 2 letzter Absatz 122

60. Novelle zum Reichsstempelgesetz vom 3. Juli 1913.

Tarif A 1 a b 419
A 1 d 419
A 1 d 2 419
Tarif A 4 a 3 419
3 A a 419
A 1 e 1 420

61. Wertzuwachssteuergesetz.

1 153
24 153
29 153

62. Vereinszollgesetz.

134 327
135 449 f.
136 Ziff. 1 c 449 f.
137 Abs. 2 449 f.
152 449 f.

63. Handels- und Zollvertrag mit Oesterreich vom 6. Dezember 1891.

10 275

64. Zollkartell mit Oesterreich vom 6. Dezember 1891.

17 275

65. Gesetz betr. die Ausführung des mit Oesterreich-Ungarn abgeschlossenen Zollkartells vom 9. Juni 1895.

2 24

B. Landesgesetze.

1. Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

60 9
61 11
68 180, 184, 224, 238, 260, 262 f., 290 ff.
69 238, 260, 262, 290, 292
70 238, 260, 262, 290, 292
77 290
78 291
165 9

2. Uebergangsgesetz.

24 328
28 387
62 328
79 387
83 73 f.
84 73 f.
94 328

3. Zwangserziehungsgesetz.

4 254
8 196

4. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

26 11
35 364
71 364
73 364
80 339

5. Bayer. Gesetz vom 21. August 1914, betr. die Abänderung des Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz.

364

6. Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung.

17 72 f.
57 328

7. Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

2 11
4 268
7 268
8 268
127 323
128 323

8. Grundbuchanlegungsgesetz.

10 72 f.

9. Münchener Stadtrechtsbuch.

349 237
350 237
351 237

10. Notariatsgesetz.

16 248
17 248
35 34 f.
126 447 f.

11. Wassergesetz.

78 213
202 213

12. Forstgesetz.

23 318
24 319 f.
25 319 f.
41 319, 321
42 319, 321
77 319, 321
88 329
89 329
90 329
92 Ziff. 1 317 ff., 329
93 329
94 329
95 329
96 329

13. Forststrafgesetzbuch für die Pfalz.

9 277 ff.
19 277 f.

14. Jagdgesetz.

2 52 f.
3 52 f.
4 52
5 Abs. 2 53
6 53, 186
23 329 f.

15. Verordnung vom 6. Juni 1909 die Ausübung und Behandlung der Jagd betr.

8 329 f.
9 329 f.
10 329 f.
18 329 f.

16. Güterzertrümmerungsgesetz.

1 97, 248 ff.
2 97, 173
4 97
5 97

17. Polizeistrafgesetzbuch.

14 309
18 329 f.
32 97 f.
33 97
56 79
58 79
67 Abs. 2 154
74 75 f., 193 f., 309
75 389
83 107
101 28, 451
125 329 f.
143 Ziff. 1 448 f.
144 449

18. Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813.

110 Abs. 2 435
442 Nr. 1 438

19. Kriegszustandsgesetz.

4 364, 436
6 Nr. 2 u. 8 434
6 Nr. 3 364

20. Verwaltungsgerichtshofsgesetz.

7 8, 9, 11

21. Ausführungsgesetz zur Strafprozeßordnung.

23 ff. 421

22. Beamtengesetz.

10 202
13 11
28 220
30 220
31 280
57 221
110 201 f., 217, 219 f.
114 201 f.
115 201
116 201
117 222
176 280
178 280
192 10
211 280 f.

23. Gewerbegesetz von 1868.

9 lit. b 49

24. Gemeindeordnung.

1 214
112 214
159 214
173 Ziff. 4 415

25. Pfälzische Gemeindeordnung.

103 Ziff. 3 415

26. Gesetz vom 8. Mai 1851 über das Einschreiten der bewaffneten Macht.

3 10
4 10
5 10

27. Gesetz über die Haftung des Staates für Angehörige des bayerischen Heeres.

1 11
2 9, 11

28. Verfassungsurkunde.

V. Beil. 8 430
Titel VIII 4 218, 221

29. Fideikommißedikt.

1 399 f.
77 398 ff.
84 395 ff.

30. Verordnung vom 25. August 1868 betr. eine allgemeine Schützenordnung.

1 410
2 410
5 410
13 410
16 410 f.
18 410 f.
19 410
25 411
35 411
36 410 f.
38 410
41 410 f.
45 411

31. Beschluß der deutschen Bundesversammlung vom 26. Januar 1854 wegen gegenseitiger Auslieferung von Personen, welche wegen gemeiner Verbrechen oder Vergehen zur Untersuchung gezogen sind.

I Abs. 1 343

32. Landratsgesetz.

15 18

33. Gesetz vom 11. August 1914 betr. die Dienstaufsicht über die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte.

1 364
2 364

34. Bauordnung.

34 Abs. 3 28
65 Abs. 2 28

35. Hausiersteuergesetz.

7 49
16 49

36. Hundeabgabengesetz vom 14. August 1910.

12 107
13 107

37. Gebührengesetz.

7 227
9 Abs. 1 Ziff. 2 227
14 Satz 2 Abs. 3 344
22 227
44 187
46 187
48 187
111 73 f.
146 64
147 48
186 153
258 63
258a 420

38. Preuß. Gesetz über den Belagerungszustand.

9 436
10 434, 436

C. Anhang.

1. Oesterr. Jurisdiktionsnorm.

76 45
100 45
104 45

2. Oesterr. Hofdekret vom 17. Juli 1835.

313

3. Oesterr. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

4 313 ff.
62 314
63 314
64 314

IV. Verzeichnis der Mitarbeiter.

(Hier sind nur die Mitarbeiter berücksichtigt, die Abhandlungen und kleine Mitteilungen eingesendet haben).

Seite

Beball, Landgerichtsrat, München 365
Berlin, Dr., Rechtsanwalt, Nürnberg 204, 424
Berolzheimer, Rechtsanwalt, München 379
Bittinger, Dr., Landgerichtsrat, München 203
Buhmann, Dr., Justizrat, Rechtsanwalt, München 197, 223
Busch, Reichsgerichtsrat, Leipzig 157
Cammerer, rechtsk. Hilfsarbeiter im Staatsministerium der Justiz, München 298
Diemayr, Amtsrichter, München 227
Dittrich, Amtsrichter, München 37, 167, 242, 264, 321
Doerr, Dr., II. Staatsanwalt und Privatdozent, München 228
Eßlinger, Dr., Rechtsanwalt, München 61
Flierl, Dr., Rechtsanwalt, Nürnberg 442
Fürnrohr, Dr., Rechtsanwalt, München 251
Full, Dr., Hofrat, Geh. Justizrat, Rechtsanwalt, Würzburg 17, 166, 403
Fumian, Amtsrichter, Straubing 114, 143
Gechter, Oberlandesgerichtsrat, Bamberg 248
Grimm, Reichsgerichtsrat, Leipzig 258
Haager, Dr., Rechtsanwalt, Aschaffenburg 18
Habel, Landgerichtsrat (jetzt Staatsanwalt am Oberlandesgerichte), München 12
Hagen, Landgerichtsrat, Kempten 297
Hahmann, Amtsrichter, München 404
Hahn, I. Staatsanwalt, München 336, 350
Hellwig, Dr., Gerichtsassessor, Berlin-Friedenau 97
Hipp, Dr., Rechtsanwalt, München 225
Höchstädter, Dr., Amtsrichter, München 92
Hümmer, Landgerichtsrat, München 206
Josef, Rechtsanwalt, Freiburg i. B. 294
Käb Dr., Amtsrichter, Neumarkt i. O. 421
Kann, Dr., Rechtsanwalt, Berlin 113
Keßler, Dr., Landgerichtsrat, München 376
Klein, Dr., Privatdozent, Königsberg 313
Kolb v., Senatspräsident des Reichsgerichts, Leipzig 257
Kolb, Dr., Direktor der Heil- u. Pflegeanstalt Erlangen 82
Korzendorfer, Oberpostinspektor, Regensburg 201
Krafft, Landgerichtspräsident, Landshut (jetzt Senatspräsident, München) 81
Kriener, Dr., Amtsrichter, Landshut 439
Landau, Rechtsanwalt, Nürnberg 381
Lesser, Dr., Rechtsanwalt, Posen 269
Levinger, Rechtsanwalt, München 41
Leybold, Strafanstaltsdirektor, Landsberg 66
Lieberich, Landgerichtsrat, München 237, 260, 290
Link, Rechtsanwalt, Würzburg 395
Mahler, Oberstlandesgerichtsrat, München 33
Mansfeld, Reichsgerichtsrat, Leipzig 333, 349
Mayer, Dr. August, Landgerichtsrat, Memmingen 317
Mayer, Dr. Moritz, Justizrat, Rechtsanwalt, Frankenthal 414
Mayr Matthias, Amtsrichter, München 35
Meyer, Dr. Karl, Ministerialrat, München 177
Neumiller, Oberlandesgerichtsrat, München 393
Niggl, Dr., Postrat, München 285
Nützel, Dr., Rechtsanwalt, München 179
Oetker, Dr., Professor, Würzburg 1
Pfeiffer, Dr., Rechtsanwalt, Hirschberg i. Schl. 166
Pfordten von der, Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz, München 7
Rehm, Dr., Professor, Straßburg i. E. 413
Reindl, Dr., Ministerialrat, München 217
Reuß, II. Staatsanwalt, Augsburg 40
Riß, Amtsgerichtsrat, München 188
Rockstroh, Dr., Rechtsanwalt, Berlin 118
Schiedermair, Landgerichtsrat, München 353
Schmitt August, Amtsrichter, München 58
Schmitt Georg, Oberamtsrichter, Klingenberg 268
Schmitt Gottfried, Reichsgerichtsrat, Leipzig 34
Schmitt Hermann, Ministerialrat, München 94
Seuffert v., Dr., Geheimer Rat, Professor, München 57
Siegel, Dr., Rechtsanwalt, München 382
Silberschmidt, Dr., Oberlandesgerichtsrat, Zweibrücken 133, 160
Simon, Oberamtsrichter, Augsburg 137, 164, 185
Stepp, Dr., Amtsrichter, Nürnberg 19, 401
Tisch, Amtsgerichtsdirektor, Neustadt a. H. 121, 355
Valta v., II. Staatsanwalt, Passau 356, 442
Volkhardt, Dr., Leiter des städt. Nachrichtenamtes, Nürnberg 339
Weber, I. Staatsanwalt, Landshut 96
Wein, Dr., Notariatspraktikant, München 417
Werner, Dr., Rechtsanwalt, Bamberg 340
Werner, Rechtspraktikant, München 122
Zeiler, I. Staatsanwalt, Zweibrücken 433
Zeitler, Dr., Amtsrichter, München 96

V. Besprochene Bücher und Zeitschriften.

Allfeld, Dr. Ph., Strafgesetzgebung des Deutschen Reichs. 2. Aufl. 54
Alsberg, Dr. M., Justizirrtum u. Wiederaufnahme 30
Arnheim, Dr. H., Grundbuchordnung 55
Ausführungsbestimmungen v. 15. Sept. 1913 zum RStempG. (Beck) 176
— Wehrbeitraggesetz (Beck) 176
Bendix, Dr. Ludwig, Das Problem der Rechtssicherheit 283
Birkmeyer, Dr. Karl v., Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung 235
Bleyer, J., Sammlung bayer. Justiz- u. Verwaltungsgesetze. 1. Bd. 32
Bürgerliches Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bearbeitet von Reichsgerichtsräten. 2. Aufl. 53
Caspari, J., Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Teil I. 284
Clad, Dr. C., Der Ausverkauf 432
Clarus, Dr. G., Konkursverbrechen 364
Dietz, Karl, Schätzer-Anweisung 235
Doerr, Dr. F., Deutsches Kolonialstrafprozeßrecht 216
Ebermayer, Dr. L., Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches 330
Eichelsbacher, Dr. F., Der Zwang zu religiöser Betätigung in Familie und Schule. 2. Aufl. 216
Eltzbacher, Dr. P., Schutz vor der Oeffentlichkeit 156
Feuchtwanger, Ludwig, Der Eintritt Bayerns in das Reichsarmenrecht 78
Foerster, Fr. W., Strafe und Erziehung 31
Friedrichs, Dr. K., Handbuch der Prozeßpraxis 412
Girisch, Dr. E., H. Hellmuth und H. Pachelbel, Handwörterbuch des bayer. Staatskirchenrechts. 2. Aufl. 79
Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik. 6. Aufl. 392
Güthe, Dr. Gg., Grundbuchordnung 29
— Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen d. mod. Hypothekenrechts 391
Haaß, Dr. F., Weltpostverein u. Einheitsporto 30
Hager, Dr. P. und Dr. E. Bruck, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. 3. Aufl. 132
Hein, Dr. O., Handbuch der Zwangsvollstreckung 2. Aufl. v. H. Willers 310
Heinsheimer, Dr. K., Praktische Uebungen im bürgerlichen Recht 32
Hellwig, Dr. A., Rechtsquellen des öffentlichen Kinematographenrechts 311
Helmolts Weltgeschichte. 2. Aufl. 30
Hofacker, Dr. W., Erläuterungen zum Weingesetz 53
Jolas, Heinr., und Fr. Knoll, Regers Militärdienstgesetzgebung des Deutschen Reichs 348
Juristenkalender, Deutscher, 1914 55
Kahn-Obermeyer, Wehrbeitragsgesetz 79
Kauffmann, Dr. M., Das Verschuldungsprinzip im Strafrecht 78
Kitzinger, Dr. F., Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt 55
Kleinfeller, Gg., Lehrbuch des deutschen Konkursrechts 216
Knaf, Der Genossenschaftsrichter 284
Knitschky, Dr. W. E., Gesetzgebung des Deutschen Reichs. 5. Aufl. v. O. Rudorff 112
Krech, Dr. Joh., Grundbuchordnung. 4. Aufl. 215
Kohler, R., Reichsversicherungsordnung 55
Kollmann, O., Religionsverhältnisse der Kinder in Bayern 54
Kriegsnotgesetze vom 4. August 1914 (Beck) 364
Kriegsgesetze vom 4. August 1914 (Schweitzers Textausgabe) 348
Kriegs-, Zivil- und Finanzgesetze vom 4. Aug. 1914 (Guttentag) 364
Langheinrich, Dr. E., Kirchengemeindeordnung 78
Licht, E., Die Kriegsgesetze des bürgerlichen Rechtes für Laien und Juristen 412
Maier, Jul., Deutsche Rechtsanwaltsgebührenordnung 452
Marbe, Dr. K., Grundzüge der forensischen Psychologie 78
Meyers Konversations-Lexikon. 6. Aufl. Bd. XXIII. (2. Jahres-Supplement 1910/11) 111
— — 6. Aufl. Bd. XXIV. (3. Jahres-Supplement 1911/12) 54
Merzbacher, S., Reichsgesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Aufl. 284
Militärhinterbliebenengesetz mit Beamtenhinterbliebenengesetz 432
Mittelstein, Dr. Max, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 3. Aufl. 236
Neukamp, Dr. Ernst, Die gewerberechtlichen Nebengesetze 330
Noest, Dr. B., u. E. Plum, Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen. 80. Bd. 32
— — 81. Bd. 284
Oberhäuser, Aug., Weingesetz 215
Philippovich, Dr. E. von, Grundriß der politischen Oekonomie. 1. Bd. Allg. Volkswirtschaftslehre. 10. Aufl. 432
Pinzger, Dr. W., Gesetz betr. die G. m. b. H. 392
Pollwein, Markus, Bayer. Jagdgesetz und die Gesetze über den Ersatz des Wildschadens. 9. Aufl. 330
Reger, A., Bayer. Armengesetz. 7. Aufl. 31
Reichel, Hans, Mäklerprovision 31
Reinhard, P., Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 4. Aufl. 32
Rixen, Dr. P., Zur Frage der Anrechnung d. Irrenanstaltsaufenthalts auf die Strafzeit 412
Rosenmüller, Gg., Jahrbuch der Entscheidungen f. Warneyer.
Rosenthal, Heinrich, Bürgerliches Gesetzbuch 9. Aufl. 330
Schaefer, Dr. H., Allgemeine gerichtliche Psychiatrie 31
Schweitzers Bayer. Finanzkalender 1914 111
Schmitt, Hermann, Geschäftsordnung für die Notariate in Bayern vom 30. Oktober 1913 331
Schneider, Rud., Zivilprozesse für den Rechtsunterricht 412
Seydel, Max von, Bayerisches Staatsrecht, neu bearbeitet von Dr. J. Graßmann und Dr. Robert Piloty. 2. Bände 235
Siebert, Dr. Th., Bedingte Strafaussetzung 32
Sieskind, Dr. J., Prozeßrechtlicher Schutz der Kriegszeit 452

Simon, Dr. F., Schadenersatzansprüche bei Körperverletzung u. Tötung im Zweikampf 31
Soergel, Dr. H. Th., Rechtsprechung 1913 z. Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. 14. Jahrg. 196
Spiegel, Dr. L., Gesetz und Recht 77
Stärzl, H., Der Justizstaatsdienst 283
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 9. Aufl. Bd. II 111
Strube, Dr. Karl, Die strafrechtliche Behandlung der Jugend in England 283
Sutner, K. A. von, Gesetz über den Kriegszustand vom 5. November 1912 452
Tat, Die (Zeitschrift) 391
Thulesius, Konkurrenzklausel 54
Ueberreiter, Dr F. J., Die rechtlichen Verhältnisse der Ortsstraßen besonders in Bayern. 2. Aufl. 216
Unger, Dr. M., Der Selbstmord in der Beurteilung des geltenden Deutschen Bürgerlichen Rechts 32
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
A. Zivil-, Handels- u. Prozeßrecht 12. Jahrgang 1913 432
B. Strafrecht u. Strafprozeß. 8. Jahrg. 1913 432
Warneyer, Dr. O., Konkursordnung 412
Weißenhorn, Bankdepotgesetz § 8. 156
Wendler, E., Strafrechtl. Behandlung der Beteiligung mehrerer am Verbrechen und der Begriff der „Teilnahme“ 32
Wolff, Dr. Emil, u. F. Birkenbihl, Die Praxis der Finanzierung bei Errichtung, Erweiterung, Verbesserung, Fusionierung und Sanierung von Aktiengesellschaften usw. 283

Nr. 1. München, den 1. Januar 1914. 10. Jahrg.

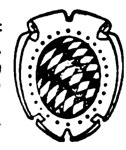
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. I. Staatsanwalt, im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Konkurrenz von Preßdelikten. Rechtskraftfragen. Zur Auslegung der §§ 73 StGB. und 415 StPO.

Von Professor **Dr. Friedrich Oetker** in Würzburg.

Tatbestand. In einer Zeitung erschien ein Artikel mit scharfen persönlichen Angriffen gegen X, Y und andere. Der Verfasser des Artikels und verantwortliche Redakteur der Zeitung, Z, wurde auf Privatklage des Y hin rechtskräftig zu einer Gefängnisstrafe von 8 Tagen verurteilt; die Strafe ist verbüßt. Unabhängig von Y hat auch X wegen der ihn beleidigenden Stellen des Artikels Privatklage gegen Z erhoben und, nachdem jenes Urteil bereits rechtskräftig geworden war, Verurteilung des Angeklagten zu einer Gefängnisstrafe von 3 Wochen erwirkt. Dieses Urteil hat der Angeklagte mit Berufung angefochten, weil die Strafe zu hoch sei.

Gutachten. Der Sachverhalt ergibt drei Rechtsfragen:

I. In welchem rechtlichen Verhältnis stehen die in dem Artikel enthaltenen Beleidigungen des X und Y zueinander?

II. Welchen Einfluß hat die rechtskräftige Verurteilung des Angeklagten im Privatklagverfahren Y—Z auf den schwebenden Prozeß X—Z?

III. Kann der Grundsatz ne bis in idem in Betracht kommen gegenüber einer auf das Strafmaß beschränkten Berufung?

I.

Besteht zwischen den im Artikel enthaltenen Beleidigungen des Y und X ideale Konkurrenz oder ist Verbrechensmehrheit anzunehmen?

Bei Wortdelikten fällt die Frage der Handlungseinheit oder der Mehrheit selbständiger Handlungen zusammen mit der Frage, ob eine einheitliche oder eine Mehrheit selbständiger Gedankenäußerungen anzunehmen ist.

Einheitskriterium für Gedankenäußerungen kann nicht sein die Identität, Gemeinsamkeit des körperlichen Gegenstands, auf den sie geschrieben, gedruckt sind, der Wand, Tafel, des Papiers, des Zeitungsblatts, der Zeitungsnummer. Ein solcher Zusammenhang im Mittel ist rein äußerlich und mit der Mehrheits-, der Selbständigkeitsannahme durchaus vereinbar.

Das Delikt durch Gedankenäußerung ist Delikt durch Gedanken**entäußerung**; ein Monolog, den A nur sich selbst gehalten, ein Schriftstück, das er nicht abgesandt, sondern im Tischkasten belassen hat, können nicht deliktische Tatbestände ergeben. Die Gedankenäußerung muß dem Destinatär, der Person, den Personen, für die sie bestimmt ist, — Oetker in GoltdArch. Bd. 26 S. 277 ff.; Lorsch, Angegriffene, Destinatäre, Gedankenträger bei der Beleidigung (1904) S. 36 ff. — zugänglich gemacht, die Zeitungsnummer insbesondere, in der beleidigende Angriffe rc. rc. enthalten sind, muß ausgegeben worden sein. Dieser eine Akt der Ausgabe hindert aber nicht, in der Druckschrift mehrere selbständige deliktische Gedankenäußerungen zu finden, so wenig als die Beförderung zweier beleidigender Briefe an B und C in demselben an sie beide adressierten Umschlag die gleiche Auffassung ausschließen würde. Ein hochverräterischer und ein beleidigender Artikel in derselben Zeitungsnummer begründen nicht wegen des einen Ausgabeakts Idealkonkurrenz.

Die Ausgabe als solche bringt nicht den Beleidigungstatbestand zum Abschluß, sie ist nur die Bedingung, unter der allein die gedruckten Beleidigungen zur Wirkung kommen, von den Destinatären, also von den Personen, auf welche der Wille der Gedankenmitteilung geht, gelesen werden können. Diese Wirkung kann, wenn mehrere Gedanken-

äußerungen — ob untereinander selbständig oder nicht — vorliegen, da sie doch nur sukzessiv von derselben Person gelesen werden können, getrennt von der einen, der andern Person gelesen werden, nie in einem Akte sich vermitteln.

Die Ausgabe der Zeitung kann als Ursache gedacht werden für das Lesen ihres Inhalts als Wirkung. Aber es ist das Lesen nicht der Verbrechenserfolg, sondern ein Stück der Verbrechenshandlung — ihr Schlußglied —, das vom Täter nicht eigenhändig, sondern fremdhändig, durch das Medium des Destinatärs, gesetzt wird. Wenn 20 Personen den beleidigenden Artikel gelesen haben, so hat die Tat nicht 20 Erfolge, sondern nur den einen Erfolg, Verletzung fremder Ehre, gehabt. Das Gedankenäußerungsdelikt ist Gedankenmitteilungsdelikt, es kann nicht zustande kommen, wenn die Rezeption der Gedankenäußerung ausbleibt; Oetker a. a. O. S. 279, Lorsch a. a. O. S. 37 ff. Insofern ist der Täter eines Wortdelikts stets auf fremde Mitwirkung angewiesen. Die mehreren Gedankenäußerungen einer Zeitungsnummer, zusammenhängend in dem einen Ausgabeakt, gehen als Gedankenmitteilungen durch die Mehrheit der Perzeptionsakte wieder auseinander. Und diese sind Teile, nicht Erfolge des deliktischen Handelns. Zwei Handlungsweisen ergeben nicht deshalb eine Handlung im Sinne des § 73 StGB., weil ihnen ein Akt gemeinsam ist.

Die gegenteilige, von Binding, Handbuch des Strafrechts I S. 581; Olshausen zu § 73 Bem. 19c; Merkel in von Holtzendorffs Handbuch IV S. 227; Klöppel, Reichspreßrecht S. 323; v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht III S. 530; Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts S. 365 Anm. 15; Frank zu § 73 Bem. III 3b; Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen I S. 198 ff. vertretene Ansicht, daß mehrere in einem Preßerzeugnis begangene Delikte, einerlei ob sie sich in einem Artikel oder in verschiedenen Artikeln derselben Nummer befänden, weil durch das eine Mittel und die eine Handlung der Ausgabe des Preßerzeugnisses begangen, stets ideal konkurrierten, wird der Tatsache nicht gerecht, daß erst die Rezeption seitens der Destinatäre den deliktischen Tatbestand abschließt. Hingegen nehmen John, Fortgesetztes Verbrechen S. 135; v. Liszt, Oesterreich. Preßrecht S. 264, 265, Reichspreßrecht S. 148 Realkonkurrenz an, wenn die deliktischen Aeußerungen selbständige Bedeutung haben; ebenso RGSt. III, 3, 436 ff.; I, 21, 276 ff.; II, 33, 47 ff.

Bei übler Nachrede und Verleumdung sind die Destinatäre der Gedankenäußerung stets von den Angegriffenen verschieden; Lorsch S. 48 ff., vgl. auch Olshausen zu § 186 Bem. 3b; a. A. Binding, Lehrbuch I S. 158. Die Behauptung dem einen gegenüber geschieht in bezug auf einen andern, dessen Ehre dadurch angegriffen wird. Der Täter erreicht den deliktischen Erfolg, die Verletzung fremder Ehre, indem er den Gedanken — mündlich, geschrieben, gedruckt — äußert, entäußert und einen andern, den vom Angegriffenen verschiedenen Destinatär, die Aeußerung perzipieren läßt. Das ist im Rechtssinne ganz seine Handlung.

Im Falle der einfachen Beleidigung können Angegriffener und Destinatär verschieden oder dieselbe Person sein: A richtet eine beschimpfende Aeußerung im Hinblick auf den B (er sei ein „Schuft" ꝛc. ꝛc.) an diesen selbst oder tut es dem C gegenüber. Unter der letzteren Voraussetzung kommt die Beleidigung des B, ebenso wie üble Nachrede, Verleumdung gegen ihn, dadurch zustande, daß sich A der Mitwirkung des C, der als Destinatär die Aeußerung perzipiert, bedient. Identität des Angegriffenen und des Destinatärs ist als Personalunion zu denken: A verletzt die Ehre des B, indem er ihn selbst mithandeln, die Aeußerung perzipieren läßt.

Immer wird durch Mehrheit der Perzeptionsakte gegenüber einer Mehrheit von Gedankenäußerungen in derselben Zeitungsnummer die Einheit der Ausgabe dergestalt aufgewogen, daß die Annahme der Deliktseinheit nicht auf sie gebaut werden kann.

Ist demnach nicht die Einheit der Ausgabe Einheitsmerkmal, so natürlich auch nicht die Anordnung des Erscheinens durch den verantwortlichen Redakteur, der, wenn er nicht selbst der Verfasser ist, als dessen Werkzeug handelt, so daß insofern wieder ein zum Teil fremdhändiges Handeln vorliegt.

Diese Anordnung ist ein Gesamtakt, der sich auf alle einzelnen Artikel der Zeitungsnummer bezieht. Daß das Imprimatur für die verschiedenen Artikel gesondert erteilt wird, fällt nicht ins Gewicht. Denn diese Verfügungen haben nur vorbereitende Bedeutung für die Anordnung des Erscheinens der Nummer. Aus der Einheit des Imprimatur für einen Artikel kann — sowenig wie aus der Einheit der Gesamtanordnung — gefolgert werden, daß die in dem betreffenden Texte — hier dem Artikel — enthaltenen deliktischen Aeußerungen als Deliktseinheit zu betrachten seien.

Versagt somit für die Beurteilung der Einheitsfrage der äußerliche Gesichtspunkt der einheitlichen Ausgabe, des einheitlichen Imprimatur, so bleibt nur übrig, nach einem materiellen Kriterium zu suchen. Dieses bietet sich in der Beschaffenheit der deliktischen Aeußerungen. Verbinden sie sich für eine verständige Gesamtbetrachtung zu einem zusammenhängenden Gedankeninhalt oder sind verschiedene selbständige Gedanken in ihnen enthalten? Das eine wie das andere kann zutreffen, mag die Verletzung einer oder mehrerer Personen gegeben sein. Wirft A dem B und dem C ein gemeinsames anstößiges Verhalten vor, so ist das eine Gedankenäußerung, einerlei, ob es in einem Satze beiden gegenüber oder getrennt erst im Hinblick auf den einen, dann den andern geschieht. Wird dem D erst ein Sittlichkeitsdelikt zur Last gelegt, dann an anderer Stelle sein Geschäftsgebaren als unredlich bezeichnet, so liegen zwei selbständige Aeußerungen und folglich, die Erfordernisse der Strafbarkeit unterstellt, zwei beleidigende Handlungen vor. Die Verteilung delik-

tischer, beleidigender 2c. 2c. Aeußerungen auf verschiedene „Artikel" einer Zeitungsnummer schließt nicht notwendig die Einheitsannahme aus. Es können zwei Artikel desselben Verfassers in derselben Nummer trotz dieser äußeren Gliederung ein einheitliches Ganzes sein, so daß demgemäß auch die Möglichkeit besteht, in ihnen enthaltene Wortdelikte als eine Einheit zu erachten.

Nicht ausschlaggebend ist die Gleichheit des Motivs, des Zwecks; vgl. auch RGSt. II, 33, 49 und 34, 134 ff. Es kann sehr wohl aus demselben Beweggrunde heraus, aus Rachsucht z. B., A mehrere selbständige Beleidigungen gegen mehrere oder dieselbe Person verüben. Nur unterstützend, als ein Indiz der auch sonst angezeigten Zusammengehörigkeit deliktischer Aeußerungen mag Gleichheit des Motivs 2c. 2c. in Betracht kommen; entsprechend wird Verschiedenheit der Motive ein Gegenindiz gegen Annahme des Zusammenhanges zu liefern vermögen.

Der sprachlichen Verbindung gleichartiger Angriffe gegen mehrere — A, B, C, D sind Schufte — steht die sachliche Zusammengehörigkeit entsprechender getrennter Vorwürfe — A ist ein Schuft, B ist ein Schuft usw. — völlig gleich. Es wäre ein rein formaler Unterschied, in jenem Falle einen, in diesem mehrere beleidigende Akte anzunehmen.

Mehrheit deliktischer Aeußerungsakte bei Einheit des Verletzten ergibt, jenachdem sie auf einen verbrecherischen Willen oder eine Mehrheit selbständiger Entschließungen zurückführen, fortgesetztes Verbrechen oder Verbrechensmehrheit.

Nach alledem ist die Frage der Handlungs-Einheit, -Mehrheit für geschriebene, gedruckte Wortdelikte, Injurien insbesondere, nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen, wie sie beim Mittel des gesprochenen Wortes gelten. Daß Schrift und Druck die Handlung dauernd zu verkörpern vermögen, Verbreitung in gedruckter Gestalt die Intensität des Angriffes außerordentlich steigert, hat für das Maß der Strafbarkeit, nicht für die Prüfung des Tatbestandes auf Einheit, Zusammengesetztsein Bedeutung.

Die Anwendung der so gewonnenen Kriterien auf den inkriminierten Artikel lehrt: Die Vorwürfe, die darin gegen den Privatkläger X erhoben wurden, sind völlig selbständige Gedankenäußerungen gegenüber dem nachfolgenden Angriff auf Y. Es besteht zwischen diesen Aeußerungen weder sprachliche Verbindung, noch sachliche Zusammengehörigkeit. Wird aus der Verschiedenheit der Behauptungen, die sich auf zeitlich, örtlich, sachlich getrennte, durchaus selbständige Vorgänge beziehen, näher dargelegt. Weil verschiedene Personen angegriffen sind und diese Mehrheit der Angegriffenen bei allen Delikten gegen die Persönlichkeit, insbesondere gegen die Ehre, die Annahme der Einheit des verbrecherischen Willens ausschließt, Binding, Handbuch I S. 532, v. Liszt, Lehrbuch S. 239, lassen sich die Angriffe gegen X einerseits, Y andererseits nicht zu einem fortgesetzten Verbrechen verbinden, sind vielmehr völlig selbständige Delikte.

II.

Welchen Einfluß hat die rechtskräftige Verurteilung des Angeklagten im Privatklagverfahren Y—Z auf das Privatklagverfahren X—Z?

1. Die Selbständigkeit der in dem Artikel enthaltenen Delikte wider Y und X findet in Selbständigkeit der Rechtsverfolgung durch die Verletzten ihren prozessualen Ausdruck. Die von Y und X erhobenen Privatklagen waren daher nicht dem § 415 StPO. — Mehrheit der Klagrechte infolge von Idealkonkurrenz oder von Mit-Antragsrecht neben dem Antragsrecht des Verletzten — unterworfen. Für die spätere Klage galt nicht die Form der Beitrittsklage, § 415 Abs. 2, und das ergangene rechtskräftige Urteil beeinflußt nicht, wie nach Abs. 3 — „jede in der Sache selbst ergangene Entscheidung äußert zugunsten des Beschuldigten ihre Wirkung auch gegenüber solchen Berechtigten, welche die Privatklage nicht erhoben haben" — zutreffen würde, die noch schwebende Sache. Rechtskräftige Abweisung der einen Klage schadet nicht dem andern Kläger. Die Anerkennung beider Strafansprüche führt zu zwiefacher Bestrafung des Angeklagten. Somit hat das Schöffengericht mit Recht in seinem zweiten, auf die Privatklage des X hin ergangenen Urteil dieses weitere Delikt trotz der vorausgegangenen Bestrafung der wider Y verübten Injurie mit besonderer Strafe belegt. Wird angenommen, daß zur Zeit des zweiten Urteils die früher erkannte Strafe bereits verbüßt war, so erfordert jedes Delikt eine völlig selbständige Bestrafung. Denn nach § 79 StGB. kommen die Grundsätze über reale Konkurrenz dann nicht zur Anwendung, wenn Verurteilung wegen einer vor der früheren Verurteilung begangenen strafbaren Handlung erst erfolgt, nachdem die ersterkannte Strafe bereits verbüßt war. Unter der gegenteiligen Voraussetzung hingegen treffen die mehreren Delikte, obwohl in verschiedenen Urteilen erfaßt, doch zu einheitlicher Strafanwendung nach den Regeln der realen Konkurrenz zusammen, § 79 StGB. Es hätten daher in diesem Falle im zweiten Urteile die jetzt und die früher ausgesprochene Gefängnisstrafe zu einer Gesamtstrafe vereinigt werden müssen, so daß auf eine Zusatzstrafe erkannt worden wäre. Da der Angeklagte das Urteil mit Berufung wegen der Strafhöhe angefochten hat, so wäre nunmehr vom Berufungsgericht die Strafe entsprechend zu mindern. Die Gesamtstrafe hat hinter der Summe der Einzelstrafen mindestens um eine Strafeinheit — hier einen Tag Gefängnis — zurückzubleiben. Folglich müßten, auch wenn das Berufungsgericht die vom ersten Richter verhängte Einzelstrafe beibehielte, doch die Gesamt- und folgeweise die Zusatz-

strafe diese Ermäßigung — um mindestens einen Tag Gefängnis — erfahren. Hätte hingegen auch der Privatkläger das zweite Urteil angefochten — schlechthin oder im Strafmaß —, so könnte das Berufungsgericht die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe auch erhöhen. Denn das Verbot der reformatio in pejus besteht nur, wenn lediglich der Angeklagte ꝛc. ꝛc. Berufung eingelegt hat, § 372 StPO. Folglich könnte es in diesem Falle nicht nur zur Beibehaltung der frühern Einzelstrafe als Zusatzstrafe, sondern auch zu einer jene übersteigenden Zusatzstrafe kommen.

2. Die Auffassung, daß zwischen Wortdelikten derselben Zeitungsnummer wegen der Einheitlichkeit des Ausgabeakts stets ideale Konkurrenz bestehe, ergibt, sofern es sich um Privatklagdelikte handelt, die Anwendung des § 415 StPO. Um der Rechtslage unter jedem Gesichtspunkte gerecht zu werden, soll hypothetisch angenommen werden, daß zwischen den beiden von Y und von X inkriminierten Beleidigungen das Verhältnis idealer Konkurrenz bestände, und unter dieser Voraussetzung die Wirksamkeit des § 415 geprüft werden.

Die Auslegung dieses Gesetzes ist stark umstritten. Die beiden in Literatur und Praxis vertretenen Auffassungen, der Paragraph beziehe sich nur auf Konkurrenz des Verletzten und des Mitantragsberechtigten, er sei gleichmäßig hierauf und auf das Vorhandensein von Mitverletzten infolge von idealer Konkurrenz von Verletzungen anzuwenden, sind unhaltbar; vgl. Oetker, Konkurrenz von Privatklagrechten (1910) S. 12 ff. Vielmehr fallen konkurrierende Klagrechte der einen und der andern Art unter die Bestimmungen des Gesetzes, doch nehmen diese für beide wesentlich verschiedene Gestalt an. Der Mitantragsberechtigte und der Mitverletzte werden, wenn einer der Berechtigten die Privatklage bereits erhoben hat, auf Beitritt zu dem schwebenden Verfahren beschränkt, Abs. 2. Natur und Wirkungen dieses Rechtsakts sind für beide vom Gesetz umfaßte Konkurrenzen verschieden zu bemessen (Oetker a. a. O. S. 14 ff., 23 ff.), aber es erübrigt sich die Darlegung, da ja im gegebenen Falle die beiden Privatkläger, Y und X, unabhängig voneinander geklagt haben und in beiden Sachen Urteile bereits ergangen sind. Hingegen bedarf Abs. 3 des § 415 der Untersuchung. Es muß geprüft werden, ob infolge der hier anerkannten Rechtskraftswirkung das in der Sache Y wider Z ergangene rechtskräftige Urteil abermaliger Verurteilung und Bestrafung des Beschuldigten auf die Klage des X hin entgegenstehen würde.

Da der Verletzte und der Mitantragsberechtigte ganz den gleichen Strafanspruch geltend machen, so besteht insofern volle Rechtskraftswirkung des auf Klage des einen hin ergangenen Sachurteils gegenüber dem andern Kläger; Oetker a. a. O. S. 7, 30. Die Verneinung des Anspruchs trifft auch den Mitklagberechtigten; er hätte dem andern Verfahren beitreten, auf günstiges Urteil darin hinwirken sollen; der Beklagte ist nicht gehalten, den gleichen Anspruch wiederholt von sich abzuwehren. Nach rechtskräftiger Bejahung des Anspruchs könnte die weitere Klage nicht zu weiterer Bestrafung, sondern nur zur Anerkennung eines konkurrierenden Klagrechts führen; das Strafverfahren aber kennt nicht Feststellungsurteile und es würde hier für ein solches Begehren auch an jedem erkennbaren Rechtsschutzinteresse fehlen.

Wesentlich anderer Beurteilung unterliegt die Konkurrenz der Mitverletzten. Oeffentliche Klage würde die ideal-konkurrierenden Delikte, Strafantrag für sie alle vorausgesetzt, als ungetrennte Tateinheit (im Sinne des Gesetzes, § 73 StGB.) erfassen. Dagegen kann von den mehreren Privatklägern jeder nur das ihn betreffende Delikt verfolgen. Die Strafansprüche, die in öffentlicher Klage verbunden sein würden, werden von den Privatklägern gesondert geltend gemacht. Auf die zuerst zur Aburteilung kommende Klage hin ist nur Bestrafung wegen des von ihr erfaßten Delikts, nicht Feststellung idealer Konkurrenz und Bestrafung des Beschuldigten unter diesem Gesichtspunkte erreichbar. Könnte nun nicht noch nachher infolge der weitern Klage das weitere Delikt festgestellt und der idealen Konkurrenz Rechnung getragen werden, so ließe sich der Klagentrennung halber ein der materiellen Rechtslage entsprechendes Ergebnis überhaupt nicht erzielen. Ein solcher durchaus unbefriedigender Ausgang kann nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen sein. Der Privatkläger A hat vielleicht nur eine unbedeutende formale Beleidigung erlitten, die zur Verhängung geringfügiger Geldstrafe geführt hat. Es wäre schlimme Rechtsverweigerung, wenn deshalb dem in dem gleichen Artikel schwer verleumdeten B die Klage versagt sein sollte.

Ist ein Offizialdelikt mit öffentlicher Klage verfolgt worden, während für ein ideell konkurrierendes Antragsdelikt der Antrag noch fehlte, so bildete nur jenes Delikt den Entscheidungsgegenstand und es tritt auch nur insofern die Rechtskraftswirkung ein; vgl. Oetker a. a. O. S. 40 Anm. 1, (wo die weitere Literatur und die Judikatur angegeben sind). Die Klage wegen eines Anspruchs, dessen Mitberücksichtigung im Urteil durch ein rechtliches Hindernis, den Antragsmangel, ausgeschlossen war, kann nicht konsumiert sein. Folglich ist trotz der schon vorliegenden rechtskräftigen Entscheidung auf neue öffentliche (oder Privat-)Klage hin — rechtzeitige nachträgliche Antragsstellung vorausgesetzt — über diesen weitern Anspruch zu entscheiden. Aber unter Wahrung der Grundsätze über ideale Konkurrenz! Es darf nicht zu Doppelbestrafung kommen. Lautete das erste Urteil auf Freisprechung, so hat sich die Konkurrenz erledigt und es ist das mit der zweiten Klage verfolgte Delikt wie eine isolierte Begehung zu würdigen. Hatte der erste Richter verurteilt und der zweite erachtet das weiter inkriminierte Delikt ebenfalls für feststehend, so werden folgende Unterscheidungen notwendig:

a) Es besteht ungleichartige Idealkonkurrenz mit ungleichen gesetzlichen Strafrahmen.

α) Das erste Urteil war mit dem Delikt befaßt, das die Anwendung des schwereren Strafgesetzes bedingte (§ 73 StGB.).

Das Hinzukommen des weiteren leichteren Delikts hätte einen Straferhöhungsgrund geliefert. Aber der erste Richter konnte ihn nicht berücksichtigen, weil für das weitere Delikt die Klage fehlte, und der zweite Richter kann es nicht, weil die rechtskräftig gewordene Strafbemessung sich der Verschärfung entzieht. Sonach muß das zweite Urteil dahin lauten, daß der Angeklagte des weiteren Delikts schuldig sei und auch hierfür mit der vom ersten Richter ausgesprochenen Strafe belegt werde; Oetker a. a. O. S. 33. Das ist keineswegs ein bloßes Feststellungsurteil. Denn die eine Strafe im Falle idealer Konkurrenz trifft beide Delikte, und es ist daher die Erstreckung der früher erkannten Strafe auf das weitere Delikt Verurteilung wegen dieser Straftat. Kommt es somit auch nicht zu einem Strafzusatz, so entspricht doch die Erwirkung des richterlichen Ausspruchs dem Interesse des zweiten Klägers an Genugtuung und Rufreparation. Das ist besonders einleuchtend im Hinblick auf das nach § 200 StGB. dem Beleidigten zuzusprechende Publikationsrecht. Auch geltend gemachter Bußanspruch würde abfällig, wenn nicht Verurteilung wegen des nunmehr eingeklagten Delikts zu der früheren Strafe in Erweiterung des Bestrafungsobjektes erfolgte (§ 188 StGB.: „Bußzuerkennung neben der Strafe").

β) Auf das erstabgeurteilte Delikt war das leichtere Strafgesetz anzuwenden.

Kommt auch der zweite Richter zur Verurteilung, so hat er an der Hand des schwereren Strafgesetzes die Strafe für das weitere Delikt unter wesentlicher Rücksichtnahme auf den Straferhöhungsgrund der idealen Konkurrenz zu bestimmen; Binding, Handbuch I S. 634, 635, Oetker a. a. O. S. 33, 34. Sind die Strafarten gleich, so wird von der so gefundenen Strafe die früher erkannte, mag sie bereits vollstreckt sein oder nicht, abgezogen und zusätzlich auf den Rest erkannt.

Ist im zweiten Urteil auf schwerere Strafart zu erkennen,[1] so muß, da gleichzeitige Anwendung beider Gesetze nach § 73 StGB. unzulässig wäre, unter Verwandelung der früher ausgesprochenen, noch nicht vollstreckten Strafe in die nun maßgebende Strafart die Strafe einheitlich bestimmt werden, wobei der Wegfall der früheren Strafe auszusprechen ist. Es darf nicht eingewandt werden, daß auf die anderweite Strafart doch bereits rechtskräftig erkannt sei. Denn die Rechtskraftswirkung besteht nur unter Vorbehalt einer bei späterer Feststellung idealer Konkurrenz infolge des § 73 StGB. zu vollziehenden Strafumwandelung.[2] Ist im gleichen Falle das frühere Urteil bereits vollstreckt, so hat der zweite Richter die verbüßte Strafe nach entsprechender Umwandelung in Abzug zu bringen und nur auf den Rest zu erkennen.[3] Es kommt dann allerdings entgegen dem § 73 StGB. zur Anwendung zweier Strafgesetze. Aber an der einmal geschehenen Vollstreckung ist eben nichts zu ändern. Der zweite Richter bleibt deshalb doch seinerseits an die Vorschrift des § 73 gebunden, kann nicht zum milderen Gesetz greifen. Durch Umwandelung und Abzug ist ein der vollen ausschließlichen Anwendung des § 73 materiell gleichwertiger Effekt herbeizuführen.

[1]) Diese Eventualität ist bei Oetker S. 33 nicht mitberücksichtigt.

b) Die Idealkonkurrenz ist gleichartig.

Gleichzeitige Aburteilung bringt das eine Strafgesetz auf beide Delikte einheitlich zur Anwendung; Binding, Handbuch I S. 577 ff.; Olshausen zu § 73 Bem. 16; RGSt. I, 2, 255 ff. Von keinem der Delikte kann gesagt werden, es sei Strafzumessungsgrund für die Bestrafung des andern. Immer hat hier der zweite Richter die Aufgabe zu erfüllen, die sich dem ersten, nur mit dem einen Delikt befaßten Richter nicht darbot: Festsetzung der Strafe für den Deliktskomplex. Im übrigen ist zu unterscheiden:

α) Der zweite Richter greift zu derselben Strafart wie der erste, sei es, daß nur eine Strafart im Gesetz angedroht ist, sei es, daß eine Alternative von Strafarten im zweiten Urteil ebenso entschieden wird, wie im ersten. Die Rechtskraft des ersten Urteils bringt mit sich, daß dessen Strafe jedenfalls bleiben muß. Aber sie ist vom zweiten Richter zu erhöhen, mindestens um eine Strafeinheit, weil sonst die Konkurrenz unberücksichtigt bliebe.[4] Auf das Plus ist zusätzlich zu erkennen. Diese Strafbestimmung geschieht gleich-

[2]) Der gleiche Vorbehalt gilt für den Fall realer Konkurrenz: Hat das erste Urteil die leichtere Strafart verhängt, so muß der zweite Richter diese Strafe in die für das weitere Delikt und damit für die Gesamtstrafe (§ 74 Abs. 2 StGB.) maßgebende schwerere Strafart umwandeln; Olshausen zu § 79 Bem. 12c.

[3]) Die Reduktion geschieht durch Entscheidung in der Vollstreckungsinstanz (§ 490 StPO.), wenn der zweite Richter die Vollstreckung, weil ihm unbekannt, nicht berücksichtigt hatte.

[4]) Nicht richtig Oetker a. a. O. S. 32, 33: das zweite Urteil habe nur das weitere Delikt festzustellen und die Strafe des ersten Urteils darauf mitzubeziehen. Das trifft nur zu für den Fall a α. Nur dort hat das weitere Delikt die Bedeutung eines Straferhöhungsgrundes, den nachträglich, nach schon rechtskräftig gewordener Strafbemessung zu berücksichtigen der zweite Richter außerstande ist. Unter der Voraussetzung sub b hingegen stehen die beiden Delikte gleichwertig nebeneinander.

mäßig, mag das erste Urteil bereits vollstreckt sein oder nicht.

β) Droht das Gesetz alternativ Geld- oder Freiheitsstrafe (§§ 185, 186 StGB.), so würde bei gleichzeitiger Aburteilung beider Delikte immer nur auf die eine oder andere Strafe erkannt werden können. Sukzessive Aburteilung aber führt unter Umständen dazu, daß der zweite Richter auf den Deliktskomplex die andere schwerere Strafart setzt, gegenüber der Verhängung der leichteren durch den ersten Richter. Erachtet der zweite Richter das hinzukommende Delikt für so schwer, daß es nur durch Freiheitsstrafe gesühnt werden könne, so hindert ihn die vom ersten Richter erkannte Geldstrafe nicht daran, für den Komplex Freiheitsstrafe zu bestimmen. Es tritt dann die gleiche Sachbehandlung wie unter a β ein.

c) Bestehen für ungleichartige Idealkonkurrenz die gleichen Strafrahmen (z. B. bei §§ 185 und 186 StGB.), so ist zu verfahren wie bei gleichartiger Idealkonkurrenz. —

Ganz die nämlichen Grundsätze, wie sie hiernach auf die Folge zweier öffentlicher oder einer öffentlichen und einer Privatklage in Anwendung kommen, würden an sich wegen Gleichheit des Grundes auch für sukzessiv erhobene Privatklagen wegen ideell konkurrierender Delikte Geltung beanspruchen. Es kann sich nur fragen, ob die positive Bestimmung in Abs. 3 des § 415 modifizierend einwirkt. Dem Sachurteil auf die Erstklage wird hier zugunsten des Beschuldigten Wirkung gegeben auch gegenüber solchen Berechtigten, welche die Privatklage nicht erhoben haben.

Abweisende Sachentscheidung ist dem weiteren Kläger insofern und nur insofern präjudiziell, als sie das den beiden Ansprüchen — des Erst- und des Zweitklägers — gemeinsame Fundament verneint, Oetker a. a. O. S. 31 ff. Ist die Klage des A wegen Preßbeleidigung abgewiesen worden, weil die beleidigenden Wendungen des Artikels nicht auf ihn, sondern den B zu beziehen seien, so kann darin unmöglich ein Hindernis für die Klage des letzteren liegen. Nicht anders, wenn dem Beschuldigten im Hinblick auf den Erstkläger der Rechtfertigungsgrund des § 193 StGB. — Wahrnehmung berechtigter Interessen — zugebilligt worden war. Daraus folgt nicht, daß die gleiche Voraussetzung auch gegenüber dem mitverletzten B gegeben sei; diese Frage wäre vielmehr vom zweiten Richter zu entscheiden. Ist hingegen Freisprechung erfolgt, weil die Autorschaft des Beschuldigten an dem Artikel verneint wurde, so steht allerdings jeder weiteren auf den Artikel gestützten Beleidigungsklage gegen ihn die Rechtskraft des Urteils entgegen. Insofern enthält § 415 Abs. 3 allerdings eine Sondernorm für ideale Konkurrenz; gegenüber einer weiteren Klage aus real konkurriendem Delikt besteht nicht entsprechende Rechtskraftswirkung.

Die Bejahung des Anspruchs im ersten Urteil läßt die ferneren auf Feststellung weiterer Ansprüche gerichteten Klagrechte ganz unberührt, Oetker a. a. O. S. 32 ff. Die Zubilligung des einen Anspruchs ist doch ebensowenig Verneinung des andern gar nicht mit eingeklagten als in ihr dessen Bejahung gefunden werden könnte. Der erste Richter war ja nur mit dem einen Anspruch befaßt. Die Prüfung, ob ein weiterer Anspruch wegen ideell konkurrierenden Delikts besteht, ist ganz unbeschränkt. Nur volles Mißverständnis des Gesetzes könnte zu gegenteiliger Annahme führen. Ja auch der klare Wortlaut steht entgegen, denn als die „Sache", in der die erste Entscheidung ergangen ist, erscheint doch nur die Klage wegen des erhobenen Anspruchs. Die Klage wegen eines weiteren Anspruchs kann nur insofern berührt sein, als auch ihr durch das erste — verneinende — Urteil die Grundlage entzogen worden ist.

Hiernach ist vom Standpunkte idealer Konkurrenz zwischen den in dem inkriminierten Artikel enthaltenen Beleidigungen wider Y und wider X die konkrete Rechtslage dahin zu bestimmen. Die Privatklage des X findet an der vorgängigen von Y erwirkten rechtskräftigen Verurteilung des Beschuldigten kein Hindernis. Ein Einwand der Rechtskraft wäre insofern völlig verfehlt. Es ist in keiner Weise rechtlich zu beanstanden, daß das Schöffengericht den Beschuldigten auch wegen der weiteren, von dem früheren Strafverfahren nicht erfaßten Beleidigung des X verurteilt hat. Nur durften nicht, wie geschehen, in beiden Urteilen unabhängig voneinander Strafen ausgesprochen werden, als ob es sich um tatsächlich und rechtlich völlig getrennte Begehungen handelte. Die Verurteilung ist in beiden Sachen auf Grund des § 186 StGB. erfolgt und beide Male hielt das Gericht wegen der Schwere der Beleidigungen Gefängnisstrafen für geboten: also gleichartige Idealkonkurrenz unter gleichmäßiger Lösung der strafgesetzlichen Alternative — Geldstrafe, Haft, Gefängnis — für jedes Einzeldelikt. Der zweite Richter hätte für den Deliktskomplex einheitlich eine Gefängnisstrafe bestimmen müssen, unter entsprechender Erhöhung der schon rechtskräftig auf das eine Teildelikt gesetzten Strafe, wobei dieses Plus als Zusatzstrafe auszusprechen war (vgl. oben b α). Die Schwere der weiter festgestellten Beleidigung rechtfertigte eine erhebliche Strafverschärfung. Es bleibt zu prüfen, ob in der Berufungsinstanz der volle Betrag der im zweiten Urteil verhängten Strafe als Zusatzstrafe beibehalten werden kann. Erhöhung wäre wegen des Verbots der reformatio in pejus, § 372 StPO., zweifellos unzulässig. Aber wie bei realer Konkurrenz die Gesamtstrafe mindestens um eine Strafeinheit geringer sein muß als die Summe der Einzelstrafen, die Zusatzstrafe daher nicht der vom zweiten Richter bestimmten Einzelstrafe gleichkommen kann und der Berufungsrichter durch so bemessene Zusatzstrafe das Verbot der reformatio in pejus verletzen würde, so würde gleiche Bindung des Berufungsurteils auch unter Voraussetzung idealer Konkurrenz der sukzessiv abgeurteilten Vergehungen

anzunehmen sein, zumal in den Augen des Gesetzes diese Konkurrenz den leichteren Fall bildet (§§ 73, 74 StGB.). Vorliegend würde der zweite Richter bei Kenntnis des schon ergangenen Urteils nicht in isolierter Würdigung das weitere Delikt mit Strafe belegt haben; da es aber geschehen ist, so muß die Situation in der Berufungsinstanz im Hinblick auf reformatio in pejus nun auch analog dem Falle realer Konkurrenz bemessen werden. Ebenso wäre unter Voraussetzung der Berufung auch des Privatklägers das für reale Konkurrenz gewonnene Ergebnis anwendbar.

III.

Kann der Grundsatz ne bis in idem in Betracht kommen gegenüber einer auf das Strafmaß beschränkten Berufung?

Der Angeklagte hat Berufung nur wegen des Strafmaßes eingelegt. In dieser Beschränkung liegt ein teilweiser Verzicht auf das Rechtsmittel, d. h. auf die Anfechtung des Schuldentscheids; es kann sich daher die Kognition des Berufungsrichters nur auf den Strafentscheid beziehen. Eine Strafverschärfung ist durch das Verbot der ref. in pejus ausgeschlossen. Nur Aufrechterhaltung oder Minderung der Strafe kann in Frage kommen. Die vorgängigen Ausführungen haben gelehrt, daß unter der doppelten Voraussetzung einer Mehrheit selbständiger Delikte und des Wegfalls realer Konkurrenz wegen schon geschehener Verbüßung der früher erkannten Strafe die volle in erster Instanz ausgesprochene Strafe beibehalten werden kann, während für den Fall realer und bei Annahme idealer Konkurrenz Reduktion dieser Strafe mindestens um eine Einheit erfolgen muß.

Infolge Beschränkung der Berufung auf den Strafentscheid ist der Schuldentscheid rechtskräftig geworden. Sonach kann die Berufung nicht auf einen prozessualen Verstoß gestützt werden, der auch dem Schuldentscheid anhaften würde.[5] Denn durch Nichtanfechtung des präjudizierenden rechtskräftig gewordenen Schuldentscheids würde der Mangel auch für den präjudizierten Strafentscheid geheilt sein; Oetker, Gerichtssaal Bd. 65 S. 446 ff. Daher ist es ein innerer Widerspruch, wenn der Angeklagte zur Rechtfertigung seiner auf den Strafentscheid beschränkten Berufung den Einwand rechtskräftig entschiedener Sache geltend macht, der die Unzulässigkeit abermaliger Verurteilung überhaupt ergeben würde. Kann aber eine Berufung nur gegen den Strafentscheid nicht gestützt werden auf einen auch den Schuldentscheid affizierenden prozessualen Mangel, so folgt, daß dem Berufungsrichter auch nicht zusteht, von Amts wegen einen solchen Defekt bei derart beschränkter Berufung zu berücksichtigen; Oetker a. a. O. S. 447.[6] Annahme des Gegenteils aus § 369 Abs. 2 StPO. herzuleiten, enthielte ein völliges Mißverständnis dieses Gesetzes.

[5]) Wohl wäre zulässig, einen prozessualen Verstoß geltend zu machen, der lediglich den Strafentscheid berührte: es ist z. B. ein Zeuge zu Unrecht vereidigt, nicht vereidigt worden, der nur über einen Strafzumessungsgrund (vorgängige Reizung xc. xc.) vernommen wurde.

[6]) Es möchte geltend gemacht werden, daß ein unter Verletzung des ne bis in idem ergangenes Strafurteil absolut nichtig wäre (Oetker im „Rechtsgang" Bd. 1 S. 17). Aber es braucht hier auf die schwierige Frage der Behandlung eines absolut nichtigen Urteils im Rechtsmittelverfahren nicht eingegangen zu werden, da der „absolut nichtige" Entscheid als solcher mit dem Rechtsmittel nicht angefochten ist, die auf die Straffrage beschränkte Berufung vielmehr die Anerkennung der Gültigkeit des Schuldentscheids begrifflich voraussetzt. Vom Standpunkte dieses Gutachtens aus erledigt sich die Frage schon durch die Verneinung der Rechtskraftverletzung.

Die Haftung des Staates für Angehörige des bayerischen Heeres.

Von **Theodor von der Pfordten.**

Das GVBl. veröffentlicht in Nr. 70 das Gesetz vom 6. Dezember 1913 über die Haftung des Staates für Angehörige des bayerischen Heeres. Auf den ersten Blick sieht es mit seinen zwei Artikeln sehr einfach aus. Aber schon die dem Regierungsentwurfe beigegebene Begründung zeigt, daß es sich hier um einen ziemlich verwickelten Stoff handelt. Noch deutlicher tritt das hervor, wenn man die Vorgeschichte des Gesetzes genauer ins Auge faßt: es ergibt sich dann, daß es eine an Unklarheiten reiche Entwickelung schließt. Ein kurzer geschichtlicher Rückblick wird auch das Verständnis für die Tragweite der Neuregelung fördern.

I.

1. Vor dem 1. Januar 1900 gab es in Bayern keine gesetzliche Bestimmung, die die Haftung des Staats für Amtshandlungen der Beamten allgemein geregelt hätte. Die Rechtslehre versuchte zum Teil, die bürgerlich-rechtliche Schadensersatzpflicht des Staates für widerrechtliche Handlungen seiner Beamten und Bediensteten in Ausübung der Staatsgewalt aus den „verfassungsmäßigen Garantien" der Verfassungsurkunde abzuleiten,[1]) zum Teil wollte sie mit der „Fiktion" nachhelfen, daß die Handlungen der Beamten den Staatsangehörigen gegenüber als Handlungen des Staates selbst zu gelten hätten, die er als seine eigenen vertreten müsse,[2]) zum Teil lehnte sie die Haftung wegen des Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift ab.[3]) Die Rechtsprechung erkannte zwar die Haftung

[1]) Becher, Rechtsrh LZR. Bd. I S. 286.

[2]) Roth, Bayer. ZR II. Aufl. Bd. I S. 252.

[3]) Seydel, Bayer. StR. II. Aufl. Bd. II S. 609 Anm. 88.

des Staates grundsätzlich an, war aber nicht einig darüber, ob der Staat unmittelbar oder nur nach dem Beamten hafte.[4])

War so die Rechtsgrundlage für die Haftung des Staates an sich schon unsicher, so ergaben sich noch besondere Schwierigkeiten bei der Frage, ob und inwieweit der bayerische Staat auch für die Amtshandlungen von Personen des Soldatenstandes schadensersatzpflichtig sei. Denn es war von jeher zweifelhaft, ob solche Personen unter den vieldeutigen, in verschiedenen Gesetzen verschieden umgrenzten Begriff des Beamten fallen. Die Zweifel mochten vielleicht nicht berechtigt sein, soweit der Heeresdienst auf Grund öffentlich-rechtlichen Vertrags geleistet wird. Denn dieser Dienst weist, wie Seydel mit Recht hervorhebt, „alle entscheidenden Merkmale des gleichartigen bürgerlichen Staatsdienstverhältnisses auf.“[5]) Mehr Grund hatten die Bedenken bei den Personen, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen. Gleichwohl bildete sich nach der herrschenden Meinung ein Gewohnheitsrecht — richtiger würde man vielleicht sagen: ein Gerichtsgebrauch — aus, der den Staat für Rechtsverletzungen bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Militärpersonen haftbar machen wollte. Die Gerichte konnten sich aber nicht entschließen, auch die volle Zuständigkeit für sich zu beanspruchen, behielten vielmehr den vorgesetzten Militärbehörden die Entscheidung der Frage vor, ob die Militärperson gesetz- oder dienstwidrig gehandelt habe.[6]) Das war insoferne folgerichtig, als die Gerichte in diesem Punkte vor den Ansprüchen der Verwaltungsbehörden ständig zurückgewichen waren, auch da, wo es sich um die Haftung des Staates für Zivilbeamte handelte, und so ohne eine äußere Rechtsgrundlage und ohne zwingenden inneren Anlaß die Einrichtung der „Vorentscheidung“ hatten entstehen lassen.[7]) Schwerer begreiflich ist es, daß Rechtslehre und Rechtsprechung das auf schwankendem Boden ruhende Recht der Militärbehörden zur Vorentscheidung auch dann noch anerkannten, als § 11 Abs. 2 EGGVG. und Art. 7 Abs. 2 VGHG. vom 8. August 1878 das Recht der Vorentscheidung gesetzlich festlegten. Abgesehen von der Unsicherheit des Beamtenbegriffes spielte dabei die Erwägung eine Rolle, daß der durch Art. 7 Abs. 2 VGHG. zur Vorentscheidung berufene Verwaltungsgerichtshof „der Würdigung militärischer Diensthandlungen ebenso fremd gegenüber stehe, wie das Zivilgericht.“[8]) Wie wenig durchschlagend dieser Grund ist, ergibt sich daraus, daß das Reichsgesetz vom 22. Mai 1910 über die Haftung des Reichs für seine Beamten überhaupt keine Vorentscheidung für nötig hielt und daß jetzt das bayerische Gesetz vom 6. Dezember 1913 dem Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung der Vorfrage überträgt, zu deren Lösung er nach der früheren Rechtslehre nicht befähigt wäre.

2. Das Inkrafttreten des BGB. hätte die Gelegenheit geboten, die Unklarheiten zu beseitigen. Das BGB. regelte klar und erschöpfend die Haftung des Staates für seine Angestellten im wirtschaftlichen Verkehr (§§ 31, 89, 278, 831) und schied sie scharf von der Haftung für Verletzungen der Amtspflicht bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte. Nur für deren Ausgestaltung blieb den Landesrechten noch ein Spielraum. § 839 BGB. überbürdet dem Beamten selbst die Haftung, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt; Art. 77 EGBGB. gibt den Landesrechten die Möglichkeit, diese Haftung auf den Staat zu übernehmen und unmittelbare Ansprüche des Geschädigten gegen den Beamten auszuschließen. Die Vieldeutigkeit des Begriffs „Beamter“ brachte es wieder mit sich, daß auch damals die Haftung des bayerischen Staates für Amtshandlungen von Militärpersonen nicht befriedigend und in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise geordnet wurde.

Die Versuche der Rechtslehre, den Beamtenbegriff im § 839 zu erfassen, führten alsbald zu neuen Streitfragen, insbesondere konnte man sich nicht darüber einigen, ob und inwieweit Personen des Soldatenstandes darunter fallen.[9]) Ein Teil der Ausleger suchte allgemeine innere Merkmale aufzustellen,[10]) andere wollten für Reichsbeamte das Reichsstaatsrecht, für Landesbeamte das Landesstaatsrecht entscheiden lassen.[11]) Erblickt man das entscheidende Merkmal in der Anstellung kraft öffentlich-rechtlichen Dienstvertrags und in der Uebertragung staatlicher Gewalt, so wird man sich kaum

---

[4]) Vgl. die Nachweisungen bei Becher, Materialien Abt IV, V Bd. I S. 78.

[5]) Bayer. StR. II. Aufl. Bd. III S. 725.

[6]) S. das Erkenntnis des OGH. vom 7. Februar 1878, Beil. IV z. GVBl. 1878, S. 17 des Anhangs.

[7]) Vgl. über die Entwickelung Seydel a. a. O. Bd. I S. 597 ff.; der Versuch Seydels, eine innere Berechtigung dieser Entwickelung nachzuweisen, ist m. E. nicht geglückt. Denn sie lief im Grunde genommen doch darauf hinaus, daß die Verwaltung zum Richter in eigener Sache bestellt wurde.

[8]) Seydel a. a. O. Bd. I S. 604. Krais, BlAdmPr. XXXIII S. 120 wollte wenigstens eine Ausnahme für Offiziere und Soldaten machen, die unter besonderen Verhältnissen der Zivilbevölkerung gegenüber mit „polizeilicher Zwangsgewalt“ bekleidet sein sollten. Damit wäre wohl nichts gebessert, sondern nur eine neue Quelle von Zweifelsfragen eröffnet worden.

[9]) Eine eingehende Untersuchung findet sich in dem Vortrage von Rehm, Hirths Annalen 1900 S. 369 ff.

[10]) Kommentar von Reichsgerichtsräten II. Aufl. Bem. 2 zu § 839: „Das Merkmal der Beamteneigenschaft im allgemeinen ist das auf Anstellung gegründete öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis und die Unterstellung des Dienstverpflichteten unter eine besondere Dienstgewalt.“ Der Kommentar meint dann weiter, „einer Aufzählung der Beamtenklassen, die für § 839 in Betracht kommen, bedürfe es nicht.“ Richtiger wäre es wohl zuzugeben, daß die erschöpfende Aufzählung unmöglich ist.

[11]) Planck, III. Aufl., Bem. 2 zu § 839, Staudinger 5./6. Aufl. Bem. 36 zu § 839.



der Folgerung entziehen können, daß wenigstens die Offiziere — vielleicht auch die Kapitulanten — unter § 839 fallen.[12]) Das Reichsgericht hat denn auch diesen Schritt getan und die Offiziere, soweit sie öffentliche Dienstverrichtungen ausüben, unter die Staatsbeamten in dem „weiteren Sinne" des § 839 BGB. und des Art. 77 EGBGB. gerechnet.[13])

Art. 60 AGBGB. machte von dem Vorbehalt in Art. 77 EGBGB. Gebrauch; Art. 165 AGBGB. brachte den Art. 7 Abs. 2 VGHG., der von der Vorentscheidung handelt, mit dem neuen Recht in Uebereinstimmung. Die Landesgesetzgebung hätte den Kreis der Beamten, für die der Staat haften sollte, gegenüber dem § 839 BGB. einschränken können; ausdrücklich hat sie das jedenfalls nicht getan. Dagegen tauchte sofort wieder der Zweifel auf, ob die Personen des Soldatenstandes zu den Beamten i. S. des Art. 60 AGBGB. und des Art. 7 Abs. 2 VGHG. zu zählen seien. In der Ausschußverhandlung der Kammer der Reichsräte stellte der Berichterstatter Dr. v. Schmitt den Satz auf: „Die Soldaten und die Offiziere sind keine Beamten". Diese Aeußerung war in solcher Allgemeinheit und Bestimmtheit nicht gerechtfertigt. Denn der Regierungsentwurf zum AG. (Art. 53) bot keinen Anhaltspunkt dafür, daß das Landesrecht vom Beamtenbegriff des § 839 BGB. abweichen wollte, und dieser Begriff war damals noch keineswegs in dem Sinne geklärt, wie Reichsrat v. Schmitt annahm. Aber — wie es so häufig geschieht — die für die Auslegung des fertigen Gesetzes unverbindliche Ansicht wurde von einem Teile der Rechtslehrer sofort aufgegriffen und ohne weitere Prüfung angenommen.[14]) So blieb die Rechtslage nach wie vor unsicher und da man doch wohl nicht annehmen konnte, daß der Begriff des Beamten im Art. 60 AGBGB. ein anderer sei als im Art. 7 Abs. 2 VGHG.,[15]) so wurde auch das früher durch Gerichtsgebrauch anerkannte, jeder festen Grundlage entbehrende Vorentscheidungsrecht der Militärbehörden (d. h. des Kriegsministeriums) nicht aus der Welt geschafft.[16])

Das Reichsgesetz vom 22. Mai 1910 (RGBl. S. 798), das die Haftung der Reichsbeamten nach § 839 BGB. dem Reiche auferlegte, stellte in § 1 Abs. 3 die Personen des Soldatenstandes den Reichsbeamten gleich und schnitt damit die Zweifel ab, die sich bei der Auslegung des Begriffs eines Reichsbeamten hätten ergeben können. Die dem bayerischen Kontingent angehörenden Personen des Soldatenstandes blieben ausgeschlossen, weil die bayerische Heeresverwaltung nicht auf Rechnung des Reichs geführt wird. Das Reichsgesetz kennt keine Vorentscheidung.[17])

Durch das bayerische Gesetz vom 6. Dezember 1913 wird jetzt auch für Bayern ein klarer und einfacher Rechtszustand geschaffen, der dem im Reiche geltenden nahezu vollständig angeglichen ist und im Wesentlichen auch gleiches Recht für Zivilbeamte und für Personen des Soldatenstandes bringt.

II.

1. Das Gesetz befaßt sich nur mit den Ersatzansprüchen, die infolge einer Amtspflichtverletzung bei Ausübung anvertrauter öffentlicher Gewalt entstehen, nicht mit der Haftung aus Handlungen im wirtschaftlichen Verkehr.[18]) Die Grenze ist nicht immer ganz leicht zu ziehen. Bei den Beratungen im Ausschusse der Kammer der Reichsräte wurde als Beispiel für die Ausübung der Militärhoheit insbesondere die Tätigkeit hervorgehoben, die unmittelbar auf die militärische Ausbildung der Truppe gerichtet ist, z. B. Schießübungen, Gefechtsübungen, Uebungen der Pioniere im Brückenbau, Sprengübungen u. dgl. Es sind aber noch andere Fälle denkbar. Zwei Hauptgebiete der Ausübung öffentlicher Gewalt, nämlich die Handhabung der Dienstgewalt und die Fürsorge für Leben und Gesundheit der Untergebenen, scheiden allerdings nahezu ganz aus. Denn nach Art. 2 des Gesetzes vom 6. Dezember 1913 bleiben die Vorschriften anderer Gesetze unberührt, soweit sie für bestimmte Fälle die Haftung des Staates über einen gewissen Umfang hinaus ausschließen. Eine

[12]) Vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Bem. 2a zu § 839, der sogar die Militärpersonen schlechthin einbeziehen will, soweit sie öffentliche Funktionen ausüben; ähnlich Delius, Haftpflicht der Beamten, II. Aufl. S. 169.

[13]) JW. 1912 S. 638/9 Nr. 10. Die früheren Entscheidungen des Reichsgerichts, auf die dort verwiesen wird, beschäftigen sich mit der Frage nicht ausdrücklich, sondern scheinen sie als gar nicht zweifelhaft stillschweigend zu bejahen.

[14]) Krais, BlAdmPr. 50 S. 312; Stengel in Hirths Annalen 1901 S. 487; a. M. anscheinend Henle-Schneider, II. Aufl. Bem. 1 zu Art. 60 AGBGB., wo der Beamtenbegriff nach inneren Merkmalen bestimmt wird.

[15]) Eine andere Anschauung vertritt Piloty in der neuen Bearbeitung des Bayerischen Staatsrechts von Seydel Bd. I S. 441. Er nimmt an, daß für die Militärpersonen „wohl auch das materielle Haftungsrecht gilt, nicht aber das Recht der Vorentscheidung." Er rechnet die Militärpersonen, die Offiziere und die richterlichen Militärbeamten nicht unter die Beamten i. S. des Art. 7 Abs. 2 VGHG., weil „ihr Dienst nicht geeignet sei, einer Würdigung durch den VGH. unterzogen zu werden." Ich habe schon früher darauf hingewiesen, daß dieser Beweisgrund nicht sehr überzeugend ist; er kann wohl nur für die richterlichen Militärbeamten anerkannt werden (davon später).

[16]) S. OLG. Nürnberg, SeuffBl. Bd. 75 S. 721; Erhard, BayZfR. 1912 S. 101 ff. Erhard nimmt übrigens m. E. mit Unrecht an, daß das OLG. das Vorentscheidungsrecht des Kriegsministeriums ausdrücklich anerkannt habe. Das Gericht scheint vielmehr offen gelassen zu haben, ob die Vorentscheidung dem VGH. oder den Militärbehörden zusteht.

[17]) Vgl. über das Gesetz vom 22. Mai 1910 auch Jahrg. 1910 dieser Zeitschrift S. 240.

[18]) Um den Umfang der Abhandlung nicht allzusehr zu vergrößern, wurden die allgemeinen Fragen hier nicht behandelt, die sich bei der Auslegung des § 839 BGB., des Art. 60 AGBGB. und des Art. 7 Abs. 2 VGHG. ergeben. Sie sind in den Kommentaren zur Genüge erörtert.

solche Vorschrift ist § 41 MannschVG., der den nach diesem Gesetze versorgungsberechtigten Personen aus dem Grunde einer Dienstbeschädigung gegen die Militärverwaltung bestimmt umgrenzte Ansprüche gewährt. Als „Dienstbeschädigung" (§ 3 MannschVG.) werden u. a. auch die Folgen aus einer Mißhandlung Untergebener angesehen,[19]) so daß also die Haftung wegen einer Ueberschreitung der Dienstgewalt gegenüber einem Untergebenen außerhalb des Bereiches des Gesetzes vom 6. Dezember 1913 fällt. Das gleiche gilt von Dienstbeschädigungen, die eintreten, weil der Vorgesetzte bei einer militärischen Uebung die ihm gegenüber seinen Untergebenen obliegende Sorgfaltspflicht verletzt.[20])

Eine Verletzung der Amtspflicht bei Ausübung militärischer Gewalt könnte unter Umständen angenommen werden, wenn ein militärischer Vorgesetzter schuldhaft von seiner Dienstgewalt da keinen Gebrauch macht, wo sein Eingreifen möglich und geboten ist, wenn er z. B. vorsätzlich oder fahrlässig Ausschreitungen seiner Untergebenen gegen die Zivilbevölkerung nicht hindert.

Zur Ausübung staatlicher Hoheitsrechte gehören der Waffengebrauch des Militärs (insbesondere der Wachen und Posten),[21]) seine Mitwirkung bei Festnahmen[22]) und in Bayern insbesondere das Einschreiten der bewaffneten Macht zur Erhaltung der gesetzlichen Ordnung.[23]) Was den letzteren Fall betrifft, so hat bei Störungen der öffentlichen Sicherheit die Zivilbehörde das militärische Aufgebot zu veranlassen; auch die im Art. 3 des Gesetzes vom 8. Mai 1851 vorgeschriebene dreimalige Aufforderung zum Auseinandergehen wird in der Regel durch einen Abgeordneten der Zivilbehörde verkündet. Die Verantwortung fällt also insoweit der Zivilbehörde zur Last. Dagegen hat der militärische Befehlshaber Art und Dauer des Waffengebrauchs zu bestimmen (Art. 4 Abs. 2); in bestimmten Fällen (Art. 5) hat die bewaffnete Macht auch ohne Signal und Aufforderung einzuschreiten. Sie hat ferner auch nach der Wiederherstellung der Ordnung zu den notwendigen Verhaftungen sowie zur Ablieferung der Gefangenen mitzuwirken. Hiernach kann ein Anspruch auf Grund des Gesetzes vom 6. Dezember 1913 entstehen, wenn Personen des Soldatenstandes bei der ihnen zugewiesenen selbständigen Tätigkeit ihre Amtspflicht schuldhaft verletzen oder überschreiten.

Unter das Gesetz vom 6. Dezember 1913 kann schließlich auch die Leistung militärischer Hilfe bei der Zwangsvollstreckung fallen. Die Verantwortung für ihre Inanspruchnahme trägt freilich auch hier die Zivilbehörde.[24])

In einer Entscheidung vom 29. Juni 1913[25]) bemerkt das Reichsgericht beiläufig, daß auch der Betrieb der militärischen Einrichtungen (z. B. der Artilleriewerkstätten) als ein Ausfluß des Militärhoheitsrechts angesehen werden könne, soweit dieser Betrieb „an sich" — im Gegensatze zu Anordnungen und Handlungen der Militärbehörden „aus Anlaß" eines solchen Betriebs — in Betracht kommt. Aber eine Verletzung der Amtspflicht durch die Einrichtung eines Betriebs „an sich" ist wohl nicht denkbar; das Reichsgericht hat ja auch anerkannt, daß der Richter in militärtechnische Betriebe durch ganze oder teilweise Untersagung oder auch nur durch Anordnung einer Beschränkung nicht eingreifen dürfe.[26])

2. Das Gesetz bestimmt, daß die Personen des Soldatenstandes im Sinne einzelner gesetzlicher Vorschriften den Staatsbeamten gleichstehen. Damit drückt es aus, daß es sich hier im Grunde genommen um eine gesetzliche Auslegung des Beamtenbegriffes handelt.

Wer Person des Soldatenstandes ist, ergibt sich aus Abschnitt A der Anlage zum MilStGB. (RGBl. 1872 S. 204). Die Militärbeamten (Abschnitt B dieser Anlage) gehören zwar zu den Militärpersonen, aber nicht zu den Personen des Soldatenstandes (vgl. § 4 MilStGB.). Die sog. „Zivilbeamten der Militärverwaltung" gehören auch nicht zu den Militärpersonen. Militärbeamte und Zivilbeamte der Militärverwaltung fallen mit gewissen Einschränkungen unter das bayerische Beamtengesetz (Art. 192 ff.). Es war und ist unbestritten, daß sie bayerische Landesbeamte sind und daß deshalb für sie sowohl Art. 60, 61 AGBGB. als Art. 7 Abs. 2 BGHG. gelten. Auch die bayerischen richterlichen Militärjustizbeamten

[19]) Vgl. Romen, Militärpensionsgesetze, S. 46 Bem. 4 zu § 3 MannschVG.

[20]) Wegen der Offiziere usw. s. § 38 i. V. m. § 5 OffPG.; hiernach gelten im allgemeinen die nämlichen Vorschriften wie für die Mannschaften. Wegen eines Unfalls, den ein Offizier z. B. bei einer Schießübung erleidet, weil sie unzweckmäßig angelegt war oder weil die erforderlichen Sicherungsmaßregeln nicht getroffen waren, kann der Staat nicht auf Grund des bayerischen Gesetzes vom 6. Dezember 1913 haftbar gemacht werden.

[21]) Garnisonsdienstvorschrift §§ 133, 134 ff.; vgl. auch § 111 MilStGB.

[22]) Garnisonsdienstvorschrift §§ 117 ff.

[23]) Gesetz vom 8. Mai 1851, GVBl. 1851/52 S. 9 ff., vgl. auch § 113 Abs. 3 StGB. Die Rechtsgrundlage für den Waffengebrauch und das Festnahmerecht ist unsicher, soweit nicht das Gesetz vom 8. Mai 1851 und die allgemeinen Vorschriften des StGB., der StPO. und der MilStGO. über Notwehr, Nothilfe, Notstand, Verhaftung und vorläufige Festnahme eingreifen (vgl. Dietz, Handwörterbuch des Militärrechts S. 862 ff., und Endres, Der militärische Waffengebrauch, Berlin 1903). Es wird angenommen, daß es einer besonderen gesetzlichen Regelung des Rechts zum Waffengebrauche nicht bedürfe, weil es sich aus der Bestimmung des Heeres von selbst ergebe; die in den militärischen Dienstvorschriften aufgestellten Regeln seien sozusagen nur Selbstbeschränkungen, die allerdings auch von den Gerichten beachtet werden müßten. Hier ist nicht der Ort, die ziemlich heikle Frage genauer zu untersuchen.

[24]) § 758 Abs. 3, § 789 ZPO.

[25]) RGZ. 55, 174.

[26]) RGZ. 44, 225.

sind Militärbeamte (vgl. Art. 202 BG.).[27]) [28]) Für sie gilt jedoch die Ausnahme in Art. 7 Abs. 2 Satz 4 BGHG., wonach eine Vorentscheidung nicht erforderlich ist; sie sind zu den „Beamten der streitigen Gerichtsbarkeit" zu rechnen.

Die Gendarmen sind nicht Militärpersonen.[29])

3. Art. 61 Abs. 1 AGBGB., der jetzt auch für die Personen des Soldatenstandes gilt, dehnt die Haftung des Staates auf den Fall aus, daß sich der Beamte bei der Verletzung seiner Amtspflicht im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden hat und deshalb gemäß § 827 BGB. für den Schaden nicht verantwortlich ist. Doch tritt die Haftung gemäß Art. 61 Abs. 3 AGBGB. i. V. mit § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. nur ein, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz erlangen kann. Das RG. vom 22. Mai 1910 geht noch etwas weniger weit; es erklärt das Reich für haftbar, „wie wenn dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fiele, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung fordert". Hat sich der Beamte schuldhaft durch den Genuß geistiger Getränke oder durch ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand der Bewußtlosigkeit usw. versetzt, so haftet er, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele (§ 827 Satz 2 BGB.); in diesem Falle geht die Ersatzpflicht auf den Staat schon nach Art. 60 AGBGB. über, nicht nach Art. 61 AGBGB.

Art. 61 Abs. 2 AGBGB. schränkt die Ausdehnung im Abs. 1 wieder ein für den Fall, daß bei einem Urteil in einer Rechtssache die Amtspflicht verletzt wurde; das ist von Bedeutung für die richterlichen Handlungen der Militärjustizbeamten.

4. Nach Art. 80 EGBGB. können die Landesrechte die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten der Beamten aus dem Amts- und Dienstverhältnisse regeln. Auf Grund dieser Ermächtigung hatte Art. 60 Abs. 4 AGBGB. bestimmt, daß der Beamte dem Staate den Schaden zu ersetzen hat, der ihm aus der Verletzung der Amtspflicht entsteht. Dieses Rückgriffsrecht des Staates ist dann durch Art. 13 BG. neu geregelt worden; Art. 60 Abs. 4 AGBGB. trifft jetzt nur noch Rückgriffsansprüche der Gemeinden und anderer Kommunalverbände gegen ihre Beamten (siehe Art. 226 BG.). Es war deshalb notwendig, in dem Gesetz vom 6. Dezember 1913 Vorschriften über die Ersatzpflicht der Personen des Soldatenstandes gegenüber dem Staate zu treffen (Art. 1 Satz 2). Sie entsprechen der Sache nach den Vorschriften in Art. 13 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 BG. Kein Rückgriffsrecht besteht dann, wenn der Staat haftet, obwohl der Offizier oder Soldat selbst gemäß § 827 BGB. für die Handlung nicht verantwortlich wäre. Das entspricht dem, was bisher schon für die Gemeinde- und anderen Kommunalbeamten nach Art. 61 AGBGB. galt, (Art. 61 Abs. 3 erklärt den Art. 60 Abs. 4 nicht für entsprechend anwendbar), und was nach Art. 13 Abs. 2 BG. i. V. mit § 827 BGB. für die Staatsbeamten rechtens ist. Hat sich die Person des Soldatenstandes durch den Genuß geistiger Getränke u. dgl. schuldhaft in einen vorübergehenden Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzt, so ist das Rückgriffsrecht des Staates nicht ausgeschlossen, weil die Haftung des Staates in diesem Falle eben nicht auf Art. 61 AGBGB., sondern auf Art. 60 beruht (siehe oben unter 3).

5. Auch prozeßrechtlich wird jetzt für die Personen des Soldatenstandes das gleiche Recht geschaffen, wie es für die Beamten gilt. Die Vorentscheidung fällt in jedem Falle der Verwaltungsgerichtshof. Gemäß Art. 26 AGGVG.[30]) sind die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig für die Ansprüche gegen den Staat wegen Verschuldens von Staatsbeamten und für die Ansprüche gegen öffentliche Beamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung einer Amtshandlung (s. dazu wegen der Zulässigkeit der Revision § 547 Nr. 2 ZPO.). Das Gesetz vom 6. Dezember 1913 beseitigt jetzt den Zweifel, welche Personen des Soldatenstandes von dieser Vorschrift betroffen werden.

Unberührt geblieben ist die Vorschrift des Art. 2 AGZPO., wonach Ansprüche gegen den Fiskus erst dann gerichtlich verfolgt werden können, wenn sich der Beteiligte an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle um Abhilfe gewendet und eine abschlägige oder innerhalb sechs Wochen gar keine Entschließung erhalten hat.[31])

6. Art. 2 des Gesetzes vom 6. Dezember 1913 hält die Vorschriften anderer Gesetze aufrecht, soweit sie für bestimmte Fälle die Haftung des Staates über einen gewissen Umfang hinaus ausschließen. Er entspricht dem § 5 des Reichsgesetzes vom 22. Mai 1910. Schon unter II 1 wurden zwei Vorschriften erwähnt, für die dieser Vorbehalt von Bedeutung ist: § 38 OffPensG. und § 41 MannschVG. Dazu kommen noch, wie in der Ausschußverhandlung der Kammer der Reichsräte hervorgehoben wurde, Vorschriften des Naturalleistungsgesetzes,[32]) das allerdings in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Reichsgesetze vom 22. Mai 1910 nicht aufgeführt ist. Nach

[27]) Oberkriegsgerichtsräte und Kriegsgerichtsräte; darüber, ob auch die juristischen Mitglieder des bayerischen Senats beim Reichsmilitärgericht bayerische Staatsbeamte sind, siehe Reindl, Bem. 1 zu Art. 202 BG. S. 807.

[28]) Darüber, daß die Militärgerichtsschreiber nicht zur Ausübung öffentlicher Gewalt berufen sind, siehe Erhard in dieser Zeitschrift 1912 S. 81.

[29]) Erhard a. a. O.

[30]) Die Vorschrift beruht auf dem Vorbehalte in § 70 Abs. 3 GVG.

[31]) Vgl. diese Zeitschrift 1911 S. 472 und 1912 S. 82.

[32]) In der Fassung des Gesetzes vom 24. Mai 1898 (RGBl. S. 361).



§ 14 dieses Gesetzes wird unter Ausschluß des Rechtswegs durch eine Schätzungskommission der Schaden festgestellt, der durch die Benützung von Grundstücken zu Truppenübungen und durch die Mitbenutzung von Brunnen und Tränken (§§ 11, 12) entstanden und aus Militärfonds zu vergüten ist. Nach der herrschenden Auslegung des Gesetzes ist auch der Umfang der Ersatzansprüche beschränkt: vergütet werden nur Schäden, die das Grundstück selbst betroffen haben oder doch mit dem Grundstücke zusammenhängen, dagegen insbesondere nicht der Schaden durch Beeinträchtigung der Jagd oder Fischerei.[33]) Uebrigens wird auch das Kriegsleistungsgesetz vom 13. Juni 1873 (RGBl. S. 162) zu den Gesetzen zu rechnen sein, die unter Art. 2 fallen (s. die §§ 3, 6, 14, 35 dieses Gesetzes).

Die neuen Vorschriften für die Behandlung der amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen und die neuen Dienstvorschriften für die Amtsanwälte.

Von **Emanuel Habel**, Landgerichtsrat in München.

Die bayerischen Vorschriften für die Geschäftsbehandlung der amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen, die durch die Bekanntmachung vom 20. August 1879 (JMBl. S. 377) veröffentlicht sind, haben sich in mehr als einem Menschenalter bewährt, sie waren nicht nur für die Zeit der Einführung der StPO. ein unentbehrliches Hilfsmittel, sondern die Grundzüge, auf denen sie die Behandlung der amtsgerichtlichen Strafsachen aufbauen, entsprechen auch heute noch dem Bedürfnisse der Praxis. Es mag deshalb auf den ersten Blick auffallend erscheinen, daß die bayerische Justizverwaltung noch vor der Umgestaltung der StPO. mit einer Neubearbeitung der Vorschriften hervortritt, die für den Amtsrichter in Strafsachen und für den Amtsanwalt das Handwerkszeug bilden, mit dem sie täglich zu arbeiten haben. Allein die Reform des Strafprozesses ist leider wieder in weitere Ferne gerückt; vor der Umgestaltung des materiellen Strafrechts, die auch noch eine Reihe von Jahren in Anspruch nehmen wird, ist an eine umfassende Neuregelung des Strafprozesses nicht mehr zu denken. Diese Hinausschiebung wird sogar dazu führen, einen Teil der Strafprozeßreform, nämlich die gesetzliche Regelung der Jugendgerichtsbarkeit vorweg zu nehmen. Obgleich die in naher Aussicht stehende Verabschiedung des Gesetzentwurfs über das Strafverfahren gegen Jugendliche in erster Linie die Amtsgerichte mitbetrifft, so wird doch das Verfahren in amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen im allgemeinen unberührt bleiben. Soweit das neue Gesetz Ausführungsvorschriften notwendig macht, wird eine eigene Bekanntmachung alle auf die Jugendgerichtsbarkeit bezüglichen Bestimmungen der Justizverwaltung zusammenfassen müssen. Dieser Umstand konnte also der Neubearbeitung der alten Schöffengerichtsinstruktion nicht im Wege stehen. Dagegen war diese Neubearbeitung gerade im jetzigen Zeitpunkt erforderlich, weil sie Hand in Hand geht mit der Erlassung endgültiger Dienstvorschriften für die Amtsanwälte. Vor mehr als einem Jahre wurde die Amtsanwaltschaft, die in den Landesteilen rechts des Rheins in den Händen der inneren Verwaltung gelegen war, in den Geschäftsbereich der Justizverwaltung übernommen. Den neuen Amtsanwälten wurde die Führung der Geschäfte durch eine vorläufige, nicht veröffentlichte Geschäftsanweisung erleichtert. An ihre Stelle treten jetzt die neuen Dienstvorschriften, die sich im wesentlichen mit der vorläufigen Geschäftsanweisung decken. Demzufolge war auch die Neubearbeitung der Schöffengerichtsinstruktion nicht mehr zu umgehen; sie stellte sich nur noch als ein Torso dar, weil die für die Amtsanwälte allein maßgebenden Vorschriften zum größten Teil in die Dienstvorschriften für die Amtsanwälte aufgenommen werden mußten und weil die Instruktion auch sonst im Laufe der Jahre durch Einzelvorschriften vielfach durchbrochen worden war. Die neuen Vorschriften für die Behandlung der amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen und die neuen Dienstvorschriften für die Amtsanwälte treten am 1. Januar 1914 in Kraft. Sie sind durch die Bekanntmachung vom 29. November 1913 (JMBl. S. 419) veröffentlicht. Die gleiche Nummer des Justizministerialblatts enthält zwei weitere Bekanntmachungen von demselben Tage über die Mitteilung von Strafnachrichten an das Ausland (JMBl. S. 691) und über die Mitteilungen der Staatsanwälte, Amtsanwälte und Gerichte (JMBl. S. 694). Erstere faßt die Vorschriften zusammen, die bisher für die Strafnachrichten an das Ausland im einzelnen erlassen worden waren, und regelt zugleich neu die Strafnachrichten für Frankreich und Rußland, die andere Bekanntmachung faßt die bisher veröffentlichten Vorschriften über die Mitteilungen zusammen und gliedert sie in vier sachlich getrennte Abteilungen (Mitteilungen in Strafsachen mit Rücksicht auf die Person des Beschuldigten, Mitteilungen in Strafsachen wegen des Gegenstandes der Untersuchung, sonstige Mitteilungen in Strafsachen und Mitteilungen der Staatsanwälte in nichtstrafrechtlichen Sachen). Diese drei Bekanntmachungen bilden im Zusammenhalte mit der Bekanntmachung vom 12. Juli 1913 (JMBl. S. 91), worin die für Bayern geltenden Vorschriften über das Strafregister vereinigt sind, und mit der Bekanntmachung vom 23. August 1913, die Bildung der Schöffengerichte und der Schwurgerichte und die Vorbereitung der

---

[33]) Dietz, Handwörterbuch des Militärrechts S. 359.



Schwurgerichtssitzungen betr., (JMBl. S. 193) einen beträchtlichen Fortschritt auf dem Wege zur Vereinfachung und Vereinigung des JMBl. einerseits und zur Erleichterung der Geschäftsführung in Strafsachen andererseits. Die fünf Bekanntmachungen haben es durch Einarbeitung und Ersetzung früherer Vorschriften ermöglicht, mehr als 100 ältere Bekanntmachungen und Entschließungen aufzuheben.

Im folgenden soll auf einige Neuerungen und auf Vorschriften hingewiesen werden, die von besonderer Bedeutung sind.

1. Die Vorschriften für die Behandlung der amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen.

Man kann darüber streiten, ob es heute, wo die Strafprozeßordnung seit mehr als 30 Jahren in Geltung ist, noch notwendig war, in Dienstvorschriften auf die gesetzlichen Vorschriften selbst so einzugehen, wie es auch in der neuen Bearbeitung geschehen ist, allein für die Bejahung dieser Frage spricht vor allem der Umstand, daß es sich um Vorschriften handelt, die nicht nur für den erfahrenen Richter sondern auch für junge Beamte, namentlich für die Amtsanwälte gelten, die sich erst in die Praxis einarbeiten müssen. Dazu kommt, daß eine zusammenhängende Anweisung ohne Heranziehung der gesetzlichen Vorschriften kaum durchführbar gewesen wäre.

In dem Abschnitt über Bildung und Aufbewahrung der Akten, der im wesentlichen die bestehende Uebung billigt, sind nunmehr auch ausreichende Vorschriften über die Ausscheidung der Akten getroffen.

Der Abschnitt über das vorbereitende Verfahren ist neu eingefügt. Dadurch wird die Vollständigkeit der Vorschriften nicht unwesentlich erhöht. Von Wichtigkeit sind insbesondere die Hinweise auf die Bek. vom 16. Juli 1907 (JMBl. S. 201) über die Einschränkung der Untersuchungshaft und auf die Bek. vom 8. Januar 1908 (JMBl. S. 1) über die Zeugniszwangshaft. Bemerkenswert ist die Einführung eines Haftverzeichnisses des Amtsrichters (§ 14 Abs. 3). Dadurch wird die sehr wichtige Ueberwachung des Vollzuges von Haftbefehlen erleichtert und dazu beigetragen werden, daß Uebersehen vermieden werden, die auf diesem Gebiete von den unangenehmsten Folgen begleitet sein können.

Für die Anträge auf Erlassung von richterlichen Strafbefehlen ist das sogenannte Sammelverfahren beibehalten, nämlich die Möglichkeit der Zusammenfassung mehrerer Anträge auf einem Formblatte. Dieses Verfahren hat sich in Bayern gut bewährt. Bei der großen Menge von Strafbefehlsanträgen (nach der Justizstatistik wurden 1912 im Königreich 229529 Strafbefehle erlassen) ist darauf Bedacht genommen worden, jede Vermehrung des Schreibwerkes zu vermeiden, und eine solche Vermehrung hätte es bedeutet, wenn der Amtsanwalt für jeden Strafbefehlsantrag ein eigenes Formblatt mit Datum und Unterschrift hätte ausfüllen müssen. Auch dem Richter bietet die Zusammenfassung mehrerer Anträge auf einem Blatte manchen Vorteil. Daß der Strafbefehl nach dem Antrag noch in Ur- und Abschrift herzustellen ist, bildet jetzt für die Gerichtsschreiberei keine Mehrbelastung, weil beide Schriftstücke durch die Schreibmaschine mittels Durchschlags gleichzeitig hergestellt werden können. Ist der Strafbefehl erlassen, so braucht der auf dem sogenannten Mantel (Formbl. 7) stehende Antrag des Amtsanwalts nicht mehr zu den Akten abgeschrieben zu werden; denn der Strafbefehl muß mit ihm übereinstimmen. Nur wenn kein Strafbefehl erlassen wird und die Sache noch zu weiteren Amtshandlungen und damit zur Aktenbildung Anlaß gibt, müssen die Akten auch eine Abschrift des Strafbefehlsantrags enthalten, damit ein vollständiges Bild des Prozeßganges vorhanden ist. Allein diese Fälle spielen keine große Rolle gegenüber der weit überwiegenden Zahl von Anträgen, die auf dem gewöhnlichen Wege erledigt werden. Selbstverständlich bedarf es einer Abschrift des Antrags zu den Akten nicht, wenn der „Mantel" nur diesen einen Antrag enthält. Dann wird die Urschrift des Antrags zu den Akten genommen. Das gilt z. B. auch im Falle des § 27 Abs. 3 für den Fall der Beschwerde des Amtsanwalts gegen die Zurückweisung seines Antrags.

Dem in der Praxis da und dort aufgetauchten Zweifel, welcher Tag als Tag der Erlassung des Strafbefehls zu gelten hat, der Tag, an dem der Richter auf den Antrag die Abfassung des Strafbefehls verfügt oder der Tag, an dem er die hiernach vom Gerichtsschreiber entworfene Urschrift des Strafbefehls unterzeichnet, treten die neuen Vorschriften dadurch entgegen, daß nach § 29 der Gerichtsschreiber bei der Herstellung des Entwurfes der Urschrift den Tag der richterlichen Verfügung des Strafbefehls einzusetzen hat, so daß der Tag, an dem der Richter die Strafbefehlsurschrift unterzeichnet, nicht mehr hervortritt.

In dem Abschnitt über das ordentliche Verfahren trägt § 35 den vielfachen Klagen Rechnung, daß die Beteiligten häufig übermäßig lang bei Gericht warten müssen, bis ihre Sache zum Aufruf kommt. Der Richter hat bei der Ansetzung der Termine, insbesondere auch bei der Bestimmung der Stunde ihres Beginnes, auf den Umfang und die sonstigen Umstände des einzelnen Falles Rücksicht zu nehmen. Die Termine sollen in der Regel nicht alle auf die gleiche Stunde angesetzt werden. Sie sind unter Beachtung der Eisenbahn-, Post- und sonstigen Verkehrsverbindungen tunlichst so zu bestimmen, daß Beteiligten, die von auswärts kommen müssen, die Hin- und Zurückreise am gleichen Tage ermöglicht wird. Allen Klagen werden freilich auch diese

Vorschriften nicht abzuhelfen vermögen; denn die Dauer der einzelnen Termine ist von so vielen Zufällen abhängig, daß selbst der gewandteste Richter die Dauer nicht immer genau vorhersehen und die festgesetzten Stunden nicht immer einhalten kann. Die Sache hat auch ihre Kehrseite. Wenn die Termine noch so zweckmäßig verteilt zu sein scheinen, kann es vorkommen, daß die eine oder andere Sache in letzter Stunde wegfällt und daß das Gericht warten und vielleicht die Sitzung nachmittags fortsetzen muß, weil die anderen Beteiligten noch nicht erschienen sind.

Bei den Vorschriften über das Privatklageverfahren (§§ 46—48) ist hervorzuheben, daß die Bestimmungen der Bek. vom 4. März 1912 (JMBl. S. 54) übernommen sind, wonach die Privatklageabschrift dem Staatsanwalt oder Amtsanwalt zu übersenden ist, der nach ihrem Inhalt zur etwaigen Erhebung der öffentlichen Klage in erster Linie zuständig erscheint (über die Gründe dieser Anordnung siehe BayZfR. 1912 S. 184, vgl. auch Löwe, StPO. Bem. 4b zu § 422). Als Amtsanwalt, dem die Abschrift der Privatklage nach § 422 der StPO. mitzuteilen ist, kann auch ein anderer Amtsanwalt in Frage kommen, als derjenige, der bei dem mit der Privatklage befaßten Gericht aufgestellt ist, z. B. wenn die Privatklage zum Gerichte des Wohnorts des Beschuldigten erhoben ist, der Gerichtsstand der begangenen Tat aber in einem anderen Gerichtsbezirke begründet ist. Selbstverständlich hat die auf die Privatklage bezüglichen Eintragungen im Anzeigeverzeichnis (§ 46 Abs. 4, § 47 Abs. 4 a. E.) stets der Amtsanwalt zu machen, der bei dem mit der Privatklage befaßten Gericht aufgestellt ist. Im übrigen entsprechen die §§ 46, 47 im wesentlichen den Vorschriften, die schon bisher durch die Entschließung des Staatsministeriums der Justiz vom 1. März 1900 Nr. 9341 für das Verfahren auf Privatklage erlassen waren.

Für die Hauptverhandlungen schreibt § 51 vor, daß sie in der Regel nach der Reihenfolge der Sitzungsliste stattfinden. Dadurch wird den namentlich an größeren Gerichten nicht seltenen und unerfreulichen Auseinandersetzungen zwischen Richter und Verteidiger über die Reihenfolge der Verhandlungen einigermaßen vorgebeugt werden können. Beachtenswert ist in Abs. 3 dieses Paragraphen der Hinweis auf die Bek. vom 25. Juni 1908 über die Ermittelung früherer Bestrafungen der Angeklagten und Zeugen (JMBl. S. 131). Immer wieder werden Klagen laut, daß die Vorschriften dieser außerordentlich zweckmäßigen Bekanntmachung nicht genügend beachtet werden und daß die zulässige und gebotene Rücksicht auf die Privatverhältnisse der Beschuldigten und namentlich der Zeugen manchmal vernachlässigt wird. Die frühere Vorschrift, daß im Protokoll jedesmal festzustellen ist, ob der Angeklagte vor oder nach der in Rede stehenden Straftat schon in Untersuchung war oder abgeurteilt wurde und ob er etwa eine frühere Strafe noch zu verbüßen habe, ist in § 51 Abs. 3 dahin gemildert, daß der Angeklagte hierüber zu befragen ist, wenn Anhaltspunkte für die Bejahung dieser Frage vorliegen. Damit ist dem vernünftigen und pflichtmäßigen Ermessen des Richters der erforderliche Spielraum gewährt. Es gibt gerade bei den Schöffengerichten eine große Zahl von Fällen, wo es ohne weiteres zweifellos ist, daß diese Frage zu verneinen ist. Um in solchen Fällen den Angeklagten nicht unnötig bloßzustellen, kann also von der Stellung der Frage abgesehen werden. Durch die Vorschriften in § 55 Abs. 2—6 wird die Vollständigkeit des Protokolls über einige wichtige Punkte (Militärverhältnisse, Haftfrage usw.) gewährleistet. Abs. 7 läßt gebräuchliche, jedes Mißverständnis ausschließende Abkürzungen zu. Nach dieser Fassung wird die Abkürzung von Eigennamen in der Regel als unzulässig zu erachten sein.

Ueber die Zustellung des Urteils verbreitet sich § 59. Er gibt aber keine erschöpfende Darstellung darüber, in welchen Fällen und wem das Urteil zuzustellen ist. Es sind nur die wichtigsten Fälle hervorgehoben. Der zweite Satz des Abs. 4 tritt der vielfach bestehenden Uebung entgegen, daß auch dann dem Vertretenen zugestellt wird, wenn die Zustellung an den zustellungsbevollmächtigten Vertreter oder Verteidiger zulässig ist, also nicht nach den Vorschriften der StPO. an den Vertretenen selbst erfolgen muß.

Im Abschnitt über Strafvollstreckung ist wie bisher (§ 64 der alten Vorschriften) auf Grund der Ermächtigung des § 483 Abs. 3 der StPO. den Amtsrichtern die Vollstreckung übertragen. Der Einklang mit den in der Zwischenzeit erlassenen Vorschriften, insbesondere mit der Hausordnung für die Gerichtsgefängnisse ist hergestellt. Dabei ist der Grundsatz durchgeführt, daß in der Regel alle in Gerichtsgefängnissen zu vollstreckenden Strafen in dem Gefängnis zu verbüßen sind, in dessen Bezirke sich der Verurteilte aufhält (§ 73), und daß die Vollstreckung von Strafen, die in einem Gerichtsgefängnis am Sitze des aburteilenden Amtsgerichts zu erstehen sind, vom Amtsrichter unmittelbar, also ohne Ersuchen des Staatsanwaltes, eingeleitet und durchgeführt wird (§ 74). Das gilt auch für die Strafvollstreckungsgefängnisse (§§ 1, 6 der Hausordnung f. d. Ger.-Gefängnisse). Die bisher vorgeschriebene, aber häufig nicht beigegebene Personalbeschreibung bei Vollstreckungsersuchen an Strafanstalten ist ausdrücklich erlassen, sie war so, wie sie erfolgte, zu Zwecken der Identitätsfeststellung ganz wertlos.

Durch die Fassung des § 78 Abs. 3 (früher § 73 Abs. 3) ist dem Umstand Rechnung getragen, daß jetzt auch Strafen, die in Landgerichtsgefängnissen zu verbüßen sind, in der Regel in dem für den Aufenthaltsort des Verurteilten maßgebenden Gefängnis zu vollstrecken sind. Abs. 5

sieht die Erlassung von Steckbriefen (§ 489 Abs. 2, 3 der StPO.) vor, die wohl nur für den mit der Vollstreckung betrauten Amtsrichter des aburteilenden Gerichts in Frage kommen wird, weil es sich um Fälle handelt, in denen der Aufenthalt des Verurteilten unbekannt ist und deshalb nach Abs. 4 die Ermittelung und weitere Verfolgung des Verurteilten dem ersuchenden Richter zu überlassen ist.

Die §§ 79, 80 befassen sich mit der Vollstreckung von Strafen gegen Verurteilte, die sich in einem anderen Bundesstaat aufhalten, § 79 betrifft Strafen mit einer Vollstreckungsdauer bis zu 6 Wochen, § 80 Strafen mit einer Vollstreckungsdauer von mehr als 6 Wochen. Letztere sind in Bayern zu vollstrecken, wenn nicht die Vorschriften über die Vollstreckung von Gesamtstrafen bei der Beteiligung mehrerer Bundesstaaten oder eine besondere Vereinbarung (vgl. Löwe, StPO. Bem. 4 zu § 163 des GVG.) in Frage kommt. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der Verurteilte in einem von der bayerischen Grenze weit entfernten Gefängnis eine längere Freiheitsstrafe verbüßt und im Anschluß daran eine von einem bayerischen Gericht ausgesprochene Freiheitsstrafe in einem Gerichtsgefängnis zu verbüßen hat. Es kommt vor, daß der andere Bundesstaat gegen Sicherung des Kostenersatzes die Vollstreckung der Anschlußstrafe übernimmt. So kann auch im umgekehrten Falle von den bayerischen Strafvollstreckungsbehörden verfahren werden. Bei Freiheitsstrafen, die in einer Strafanstalt zu vollstrecken sind, wird eine solche Vereinbarung nicht in Frage kommen können. Wenn § 80 besagt, daß die Vollstreckung in Bayern nach den §§ 75—77 im Zusammenhalt mit § 10 Abs. 2 der Hausordnung für die Gerichtsgefängnisse erfolgt (Vollstreckung in dem dem Aufenthaltsorte nächstgelegenen Gefängnis), so sind damit die Fälle gemeint, in denen ein Amtsgericht oder ein Staatsanwalt um die Vollstreckung zu ersuchen ist. Für den Fall, daß das Gefängnis des aburteilenden Gerichts selbst das dem Aufenthaltsort des Verurteilten nächstgelegene ist, bedurfte es keiner besonderen Vorschrift, weil dann nach § 74 der Amtsrichter des aburteilenden Gerichts selbst die Vollstreckung einzuleiten und durchzuführen hat.

Nicht unwichtig ist die an sich allerdings eigentlich selbstverständliche Vorschrift des § 87 Abs. 2, wonach der Amtsrichter für die Vollstreckung der richterlichen Anordnung, daß ein Urteil oder ein Strafbefehl öffentlich bekannt zu machen sei, zu sorgen und den Vollzug zu überwachen hat. Solche Anordnungen kommen häufig auch im Privatklageverfahren vor; es ist dann nicht Sache des Privatklägers für die richterlich angeordnete Veröffentlichung zu sorgen, sondern Sache der Vollstreckungsbehörde. Anders ist es, wenn die Veröffentlichung nicht angeordnet ist, sondern z. B. nach § 200 Abs. 1 des StGB. dem Privatkläger nur die Befugnis zur Veröffentlichung zugesprochen ist. Für diese Veröffentlichung hat zunächst der Privatkläger zu sorgen. Daß der Amtsrichter den Vollzug der von ihm angeordneten Veröffentlichung überwacht, ist wichtig wegen der Frage der Verjährung der Strafvollstreckung aus § 10 des Preßgesetzes, wenn die Veröffentlichung in der Zeitung nicht rechtzeitig erfolgt.

Neu bearbeitet sind auch die Formblätter für die amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen. Im großen und ganzen sind sie zwar die gleichen geblieben wie bisher, doch sind einige neue hinzugekommen und mehrere Neuerungen eingeführt. Ueberall ist auf eine gemeinverständliche. dem jetzigen Sprachgebrauch angepaßte Ausdrucksweise geachtet. Die für die Ausfüllung bestimmten Zwischenräume der Vordrucke entsprechen natürlich wegen des Formats des JMBl. nicht überall dem wirklichen Bedürfnis, diesem wird deshalb bei der Herstellung der Formblätter Rechnung getragen werden müssen.

Im Formblatt 9 (Strafbefehl bei Geldstrafen) ist neben der Einzahlung durch Postanweisung auch die Einzahlung durch Postscheck erwähnt. Einer schon jetzt viel verbreiteten, sehr zweckmäßigen Uebung kommt das Formblatt 10 entgegen. Es vereinigt für den Fall, daß der Eröffnungsbeschluß der Anklageschrift völlig entspricht, diese und die Urschrift des Eröffnungsbeschlusses. In anderen Fällen ist das Formblatt 11 für den Eröffnungsbeschluß zu benützen. Die Zeugen- und Sachverständigenladungen geben jetzt auf der Rückseite die maßgebenden gesetzlichen Vorschriften über die Folgen des Ausbleibens und der Verweigerung des Gutachtens wieder. Auf der Vorderseite ist darauf besonders hingewiesen. Das Formblatt 16 für die Ladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung enthält nicht den Vordruck über die Zustellung einer Abschrift der Anklageschrift. Damit ist zum Ausdrucke gebracht, daß von der Mitteilung einer solchen Abschrift in der Regel abgesehen werden kann. (Vgl. Löwe, StPO. Bem. 2 zu § 214.) Dagegen muß das auf der Rückseite der Ladung enthaltene Beweismittelverzeichnis sorgfältig ausgefüllt werden, damit der Angeklagte in dieser Hinsicht genau unterrichtet ist.

2. Die Dienstvorschriften für die Amtsanwälte.

Wie schon erwähnt, decken sich die neuen Dienstvorschriften im wesentlichen mit der vorläufigen Geschäftsanweisung für die Amtsanwälte, die im Jahrgang 1912 dieser Zeitschrift (S. 387) kurz besprochen wurde. Sie schließen sich, soweit es möglich war, an die Dienstvorschriften für die Staatsanwälte vom 29. Oktober 1910 an und gewährleisten so eine einheitliche Handhabung des staatsanwaltschaftlichen Dienstes in ganz Bayern. Ausgenommen von der Uebernahme der Amtsanwaltschaft in den Geschäftsbereich der Justizverwaltung ist nur die Amtsanwaltschaft beim Amts-

gerichte München, die bis auf weiteres mit der Polizeidirektion München vereint bleibt. Mit den besonderen Verhältnissen dieser Amtsanwaltschaft befaßt sich der letzte Paragraph der Dienstvorschriften. Im übrigen gelten die Vorschriften auch für diese Amtsanwaltschaft mit einigen wenigen Ausnahmen, die sich aus deren Sonderstellung ergeben.

Den zahlreichen und wichtigen Beziehungen zwischen der Amtsanwaltschaft und der inneren Verwaltung ist durch eine Reihe von Vorschriften Rechnung getragen. Der Geschäftskreis des Amtsanwalts umfaßt vor allem diejenigen Strafsachen, die für die Distriktsverwaltungsbehörden von besonderem Interesse sind, wenn sie den nötigen Ueberblick über den Sicherheitszustand in ihrem Bezirke und den erforderlichen Einfluß in polizeilichen Angelegenheiten behalten sollen. Deshalb wird namentlich auf die sorgfältige Einhaltung der hierüber gegebenen Vorschriften durch die Amtsanwälte und auf die Pflege guter Beziehungen zwischen beiden Behörden großes Gewicht zu legen sein.

Die für die Verwaltung belangreichen Bestimmungen finden sich in den §§ 14, 36, 48, 59, 92 und 93. Nach § 14 Abs. 2 hat der Erste Staatsanwalt bei den Besichtigungen der Amtsanwaltschaften, soweit es tunlich ist, mit dem Vorstand der Distriktsverwaltungsbehörde ins Benehmen zu treten. Auch der Amtsanwalt wird nicht selten Veranlassung haben, mit dem Bezirksamtmann oder seinem Vertreter wichtigere Angelegenheiten mündlich zu besprechen; dazu wird sich für die nicht am Sitze des Bezirksamts befindlichen Amtsanwälte namentlich Gelegenheit bieten, wenn sie zu Schöffengerichtssitzungen dorthin kommen. Nach § 36 Abs. 4 ist den Ersuchen der Distriktsverwaltungsbehörde und der ihr vorgesetzten Stellen um Gestattung der Einsicht in Ermittelungsakten stattzugeben, soweit die Akten entbehrlich sind. Eine Anrufung der Entschließung des Staatsanwalts durch den Amtsanwalt findet also hier nicht statt.

Von besonderer Wichtigkeit für die Distriktsverwaltungsbehörden ist es, von den Anzeigen strafbarer Handlungen, die die Polizeiverwaltung berühren, Kenntnis zu erhalten. Deshalb sind nach § 54 der Dienstvorschrift für die Gendarmeriemannschaft die Anzeigen von Uebertretungen zunächst dem Bezirksamt vorzulegen, das für die Weitergabe an den Amtsanwalt sorgt. Dazu ist nun in § 48 der Dienstvorschriften für die Amtsanwälte bestimmt, daß der Amtsanwalt alle Anzeigen strafbarer Handlungen, an deren Verfolgung für die Distriktsverwaltungsbehörde ein Verwaltungsinteresse bestehen kann, dieser Behörde zur Kenntnis zu bringen hat, sofern er nicht weiß, daß sie schon Kenntnis hat. Ferner soll den Ersuchen der Distriktsverwaltungsbehörde wegen der Behandlung von Strafsachen entsprochen werden. Beide Anordnungen sind noch näher erläutert. Da besondere Vorschriften darüber, in welcher Weise die Benachrichtigung der Distriktsverwaltungsbehörde zu erfolgen hat, nicht gegeben sind, wird jede Art (schriftlich, mündlich, telephonisch) genügen. Eine Abschrift der Anzeige zu übersenden, wird in der Regel nicht notwendig sein. Die Mitteilungspflicht findet ihre Ergänzung in § 59 Abs. 5, wonach der Distriktsverwaltungsbehörde die Einstellung eines Verfahrens bekannt zu geben ist, wenn ihr die Anzeige von der Gendarmerie vorgelegt oder durch den Amtsanwalt zur Kenntnis zu bringen war oder wenn sie selbst die Anzeige erstattet hat.

Die §§ 92, 93 gewährleisten den Verwaltungsbehörden den erforderlichen Einfluß auf die Einlegung von Rechtsmitteln durch den Amtsanwalt. Maßgebend bleibt jedoch stets die Entschließung des Ersten Staatsanwalts, wenn der Amtsanwalt glaubt, dem Ersuchen der Verwaltungsbehörde nicht entsprechen zu können.

Neu eingeführt sind durch die §§ 26 und 27 die Haftverzeichnisse und die Verzeichnisse der zur Verhaftung ausgeschriebenen Personen. Aehnliche Verzeichnisse sind in der Praxis mehrfach schon in Benützung. Daß ihre Führung nun allgemein vorgeschrieben ist, ist angesichts der wichtigen hier in Betracht kommenden Interessen der Beteiligten nur zu begrüßen; die Möglichkeit eines Versehens oder Irrtums, die hier leicht von weittragenden Folgen sein kann, wird durch die sorgfältige Führung der Verzeichnisse wesentlich vermindert werden. Das Verzeichnis der ausgeschriebenen Personen soll insbesondere auch zur Kontrolle des rechtzeitigen Widerrufs von Ausschreibungen und zur raschen Orientierung dienen, wenn bei dem Eingang der Festnahmeanzeige die Akten selbst augenblicklich nicht zur Hand sind.

Besonderer Wert ist auch in den Dienstvorschriften für die Amtsanwälte darauf gelegt, daß jede unnötige Bloßstellung Beteiligter vermieden wird (§ 44 Abs. 3). Das kann namentlich bei der Ladung von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen, wo es angängig erscheint, durch die Vermeidung förmlicher Zustellungen und durch die Unterlassung der Nennung des Namens Beschuldigter oder sogar des Betreffs geschehen (§ 63 Abs. 3). In ähnlicher Weise trägt § 61 den Interessen Beteiligter bei der Einstellung des Ermittlungsverfahrens Rechnung.

Die Anträge auf Verhängung der Untersuchungshaft sollen nach § 45 Abs. 2 und nach der Bek. vom 16. Juli 1907 (JMBl. S. 201) schon im allgemeinen soweit eingeschränkt werden, als es mit dem Interesse der Strafverfolgung vereinbar ist; ganz besonders wichtig ist es aber, daß Jugendliche von der Untersuchungshaft möglichst verschont bleiben. Das hebt § 69 Abs. 2 ausdrücklich hervor. Er weist auch darauf hin, wie allenfalls bei Jugendlichen der Zweck der Untersuchungshaft durch andere Mittel erreicht werden kann, nämlich durch Unterbringung in einer Anstalt oder einer Familie. Diese Unterbringung zur Abwendung der Untersuchungshaft bildet eine der Hauptaufgaben der so

segensreich wirkenden, zahlreichen Jugendfürsorgeverbände und -organe. Das Bedürfnis nach solcher Unterbringung tritt vor allem in größeren Städten hervor und es darf erfreulicherweise gesagt werden, daß dort fast überall heute schon Gelegenheit dazu in ausreichendem Maße besteht. Der Amtsanwalt wird sich unschwer mit den maßgebenden Vereinen und Persönlichkeiten in Verbindung setzen können und sicher das bereitwilligste Entgegenkommen finden. Gerade eine Unterbringung, die unter dem Drucke eines schwebenden Strafverfahrens erfolgt, kann unter Umständen auf das künftige Leben des Jugendlichen einen entscheidenden, günstigen Einfluß ausüben. Auch im übrigen muß auf ein verständnisvolles Zusammenwirken der Strafverfolgungsbehörden und der Jugendfürsorgeorgane der größte Wert gelegt werden. Kaum eine andere Behörde ist so sehr wie der Staatsanwalt und der Amtsanwalt in der Lage, Jugendliche, die sich gegen das Strafgesetz verfehlt haben, durch Heranziehung der geeigneten Kräfte auf den richtigen Weg zurückzuführen oder Kindern, die unter strafbaren Handlungen (Mißhandlungen, Sittlichkeitsvergehen u. dgl.) zu leiden hatten, den erforderlichen Schutz zu verschaffen. Auf diese doppelte Aufgabe weist § 70 noch besonders hin.

Eine übersichtliche Zusammenstellung der zahlreichen, auf den Verkehr mit dem Ausland bezüglichen Vorschriften gibt § 71.

Einige wichtige Grundsätze für die Schlußvorträge des Amtsanwalts in der Hauptverhandlung enthält § 89. In Abs. 5 dieses Paragraphen ist darauf hingewiesen, daß bei der Verurteilung von Militärpersonen zu prüfen ist, ob nicht auf eine militärische Ehrenstrafe zu erkennen ist. Neben der Verurteilung zur Hauptstrafe sind durch das MilStGB. (§§ 30—41) militärische Ehrenstrafen teils vorgeschrieben, teils zugelassen. Beim Schöffengericht werden allerdings die Fälle ziemlich selten sein. Es wäre z. B. denkbar, daß eine Militärperson wegen Kuppelei dem bürgerlichen Gericht gemäß § 4 der Militärstrafgerichtsordnung zur Aburteilung überlassen wird, daß die Sache dem Schöffengericht überwiesen wird und das dieses neben einer Gefängnisstrafe von mehr als drei Monaten die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf mehr als drei Jahre ausspricht. In diesem Falle müßte nach § 31 des MilStGB. das Schöffengericht auch auf Entfernung aus dem Heere oder der Marine erkennen. In Fällen, wo auf eine militärische Ehrenstrafe nicht erkannt werden muß, sondern nur erkannt werden **kann**, wird allerdings der Amtsanwalt zu einem solchen Antrag zumeist nur kommen, wenn die Ehrenstrafe durch die Militärbehörde dem Amtsanwalt gegenüber ausdrücklich angeregt worden ist. Zu prüfen ist vor allem immer, ob es sich überhaupt um eine solche Militärperson handelt, bei der für das bürgerliche Gericht militärische Ehrenstrafen in Frage kommen können. Besonders zu beachten ist nämlich, daß das bürgerliche Gericht auf militärische Ehrenstrafen nur gegen Militärpersonen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine (§ 38 A des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874, § 162 des MilStGB.) erkennen kann, nicht aber gegen Personen des Beurlaubtenstandes (Reservisten, Landwehrleute) während der Beurlaubung. Die militärischen Ehrenstrafen und ihr Eintritt für Personen des Beurlaubtenstandes während der Beurlaubung sind vielmehr in § 42 des MilStGB. besonders und erschöpfend geregelt. (Vgl. Weigel, Zuständigkeitsgrenzen S. 229, Koppmann-Weigel, MilStGB. Bem. 6 zu § 30).

Den Dienstvorschriften sind auch einige neue Formblätter beigegeben, insbesondere für das Haftverzeichnis und für die Ausschreibungen im Zentralpolizeiblatt.

Kleine Mitteilungen.

Zur Ausführung der Verträge der Kreise Unterfranken und Oberfranken mit den Ueberlands-Elektrizitäts-Zentral-Aktiengesellschaften. In der „Deutschen Juristenzeitung" Nr. 18 von 1911 ist eine Abhandlung unter der Ueberschrift die „gemischte wirtschaftliche Unternehmung, eine neue Gesellschaftsform" vom Wirkl. Geh. Oberregierungsrat, Dr. Friedrich Freund, Ministerialdirektor in Berlin, veröffentlicht. In dieser ist nach verschiedenen Vorschlägen zur Wahrung öffentlicher Interessen (Staat, Gemeinde, Provinz, Kreis, Zweckverband) auf Seite 1119 folgendes gesagt: „Diese Vorschläge würden eines Aktes der Reichsgesetzgebung bedürfen, da die bestehenden Reichsgesetze eine so ausgestaltete Sonderstellung der öffentlichen Korporation teils ausschließen, teils — wie bei der G. m. b. H. — nur auf Umwegen ermöglichen."

Die vorbeschriebene Abhandlung mit der ausgehobenen Schlußfolgerung kam mir in Erinnerung, als ich vor einigen Tagen die Verhandlungen der Landratsversammlungen von Unterfranken und von Oberfranken über den Abschluß von Verträgen mit der Elektrizitäts-Aktiengesellschaft vorm. Schuckert & Co. in Nürnberg und der Brown-Boweri & Co, Aktiengesellschaft in Mannheim, betreffend elektrische Ueberlandzentralen gelesen habe.

Die Vertrags-Entwürfe sind zwar nicht veröffentlicht und sind mir auch nicht zugänglich, aber nach allem, was man aus den Landratsverhandlungen entnehmen kann, sollen für die von den Kreisen Unter- und Oberfranken zu beschaffenden Millionen-Kapitalien diese Kreisgemeinden Aktien der vorgenannten Aktiengesellschaften übernehmen und zur Vertretung und Wahrung der Interessen der Kreisgemeinden und ihrer Angehörigen Sitze und Stimmen im Aufsichtsrat und gewisse Kontrollrechte vertraglich zugesichert und gesichert erhalten.

Da erscheint es angezeigt, zu prüfen, ob denn die oben angeführte Aeußerung in der Freundschen Abhandlung richtig ist, zumal da sie im Hinblick sowohl auf die vom Verfasser eingenommene Stellung als auch auf sein sonstiges wissenschaftliches Ansehen Anspruch auf Beachtung erheben kann.

Das veranlaßte mich, die Aeußerung des inzwischen, soviel mir bekannt geworden, in Pension gegangenen Berliner Ministerialdirektors nachzuprüfen und zu sehen, ob sich die zwischen den genannten Kreisgemeinden mit den zwei Aktiengesellschaften geplanten Verträge mit restloser Sicherung der Stellung der Ersteren auf Grund der bestehenden Gesetze verwirklichen lassen.

Ich kam bei dieser Nachprüfung zu folgendem Ergebnis:

Wenn, wie es wahrscheinlich ist, in den geplanten Verträgen bestimmt werden soll, daß den beiden Kreisregierungen von Unterfranken und von Oberfranken das Recht zustehen soll, je ein Mitglied in den Aufsichtsrat zu senden, so dürfte allerdings die Rechtswirkung einer solchen Vertragsbestimmung nach den dermaligen gesetzlichen Bestimmungen über die Aktiengesellschaft recht fraglich sein.

Nach § 243 HGB. besteht der Aufsichtsrat aus den von der Generalversammlung zu wählenden Mitgliedern. Die Bestimmung von Mitgliedern des Verwaltungsrates durch Dritte kennt das Gesetz nicht. Durch Vertrag mit Dritten kann auch an diesen gesetzlichen Verfassungsbestimmungen nichts geändert werden.

Soll nun der Einfluß der Kreisregierung oder Kreisvertretung (Landrat) durch Abordnung eines oder mehrerer Mitglieder in den Aufsichtsrat der genannten Aktiengesellschaften rechtlich gesichert werden, so dürfte es zutreffend sein, daß ohne Eingreifen der Reichsgesetzgebung dieser Zweck nicht erreicht werden kann. In dem Verwaltungsrat der auf Grund des bestehenden Gesetzes gebildeten Aktiengesellschaft haben nur von der Generalversammlung gewählte Mitglieder von Rechts wegen Sitz und Stimme. Die beabsichtigte Abordnung von Aufsichtsmitgliedern setzt eine neue Gesellschaftsform für die gemischte wirtschaftliche Unternehmung — der Kreisgemeinden und der Aktiengesellschaften — voraus, für welche die rechtliche Unterlage nach der dermaligen Gesetzgebung nicht zu beschaffen ist.

Aber noch in einer anderen Richtung dürfte es an der gesetzlichen Grundlage für die Durchführung des zwischen den genannten Kreisgemeinden und den genannten Aktiengesellschaften geplanten Vertragsverhältnisses für die elektrischen Ueberlandzentralen der Letzteren mangeln.

Wenn die Kreisgemeinden die nach Art. 15 lit. f des Landratsgesetzes aufzunehmenden Kapitalien in Aktien der genannten Gesellschaften anlegen wollten, um auf dem Wege als Großaktionäre in der organischen und wirtschaftlichen Betätigung der Gesellschaften zur Vertretung und Sicherung der öffentlichen Kreisinteressen einen gebührenden Einfluß auszuüben, so begegnet die Frage der gesetzlichen Zulässigkeit der Anlage von Kreiskapitalien in Aktien der Gesellschaften und ihres Eintritts in letztere selbst als Aktionär wohlberechtigten Bedenken.

Das Landratsgesetz vom 28. Mai 1852 zählt in Art. 15 auf, was zum Wirkungskreise des Landrates gehört. Unter den von a. bis n. aufgeführten Bestimmungen ist keine, welche es dem Kreise und dessen Vertretung, dem Landrate, ermöglichte, Kapitalien in Anteilscheinen einer Aktiengesellschaft anzulegen und als Aktionäre an solchen sich zu beteiligen. Soll solches gleichwohl nach den mit den genannten Aktiengesellschaften abzuschließenden Verträgen geschehen, so würde nur übrig bleiben, nicht nur die in Art. 15 f vorgeschriebene Genehmigung zur Schuldaufnahme durch ein Landesgesetz zu beschaffen, sondern in dieses auch die ausdrückliche Zweckbestimmung aufnehmen zu lassen „behufs Anlage der Kapitalien in Aktien der genannten Gesellschaft und Eintritts der Kreisgemeinden in die Gesellschaften als Aktionär“.

Hofrat Dr. Full, Rechtsanwalt in Würzburg.

Der sogenannte 1500 Mark-Vertrag. Ueber die Frage, ob die sog. 1500 Mark-Verträge gegen die guten Sitten verstoßen, hat das LG. Aschaffenburg am 18. November 1913 als Berufungsinstanz entschieden. Ein Redakteur, der 4000 *M* Gehalt bezog, hatte 2500 *M* hievon durch einen Nachtragsvertrag seiner Ehefrau von seinem Arbeitgeber zusichern lassen und hiebei offen in seiner Zeitung erklärt, daß er dies getan habe, damit seine Gläubiger aus zahlreichen, mitunter recht kostspieligen Privatklagen keine Befriedigung finden könnten. Die Entscheidung stellt sich auf den Standpunkt des Reichsgerichts. Eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten sei nur gegeben, soweit der Gesamtbetrag der Vergütung das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich ist. Bei den gegebenen Verhältnissen werden 3000 *M* als mäßiger standesgemäßer Unterhalt angenommen, so daß 1000 *M* dem Zugriff der Gläubiger offen bleiben. Hiebei ist auch berücksichtigt, daß der Redakteur nicht durch mißliche Verhältnisse, sondern durch strafbare Handlungen in die Schulden geriet. Es verstoße gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen, nicht nur in dem Standes- und Lebenskreise des Schuldners, sondern des ganzen Volkes, wenn er mit seiner Familie zum standesgemäßen Lebensunterhalt mehr als unumgänglich notwendig ist, verbraucht und seine Gläubiger leer ausgehen lasse. Es wird dann weiter gesagt, daß der Vertrag, soweit er über 3000 *M* abgeschlossen sei, Gültigkeit habe und nur bezüglich 1000 *M* nichtig sei, weil nach dem Willen und dem Interesse der Vertragschließenden gemäß § 139 BGB. anzunehmen sei, daß sie den Vertrag auch dann geschlossen hätten, wenn sie von vorneherein den über das zulässige Maß der Zuwendung hinausgehenden Teil der Vergütung den Gläubigern hätten überlassen müssen.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß es sich bei der Zuwendung der 2500 *M* an die Ehefrau um ein einheitliches und nicht um ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft handelt. Die gesetzliche Vorschrift spricht ausdrücklich von Teilen eines Rechtsgeschäfts. Die Gehaltsbestimmung in einem Dienstvertrage und die Gegenleistung hiefür werden als einheitliches Rechtsgeschäft zu erachten sein und wenn die Gehaltszuwendung an eine dritte Person zum Teil nichtig ist, so dürfte die ganze Zuwendung nichtig sein. Es kann auch nicht einfach als Parteiwille unterstellt werden, daß der Vertrag wenigstens teilweise zugunsten der Ehefrau geschlossen worden wäre. Es läßt sich nicht ermitteln, welche Maßnahmen der Schuldner getroffen hätte, wenn er die teilweise Nichtigkeit des Vertrags gekannt hätte. Im übrigen beweist die Entscheidung, daß es dringend nötig ist, durch eine Novelle zur Zivilprozeßordnung Abhilfe zu schaffen und der Rechtsprechung eine sichere Grundlage zu geben, sei es durch

eine Erhöhung des unpfändbaren Einkommens, sei es durch eine Regelung, die den Vorschriften für Beamtengehälter ähnlich wäre, oder durch sonstige Abstufung der Pfändungsgrenze je nach der Höhe des Einkommens. So wie die Dinge zurzeit liegen, dürfte die Auslegung der Gehaltsverträge im Sinne der Schuldner einer Gesetzesumgehung gleichkommen. Die Rechtsprechung eilt der Gesetzgebung voraus.

Rechtsanwalt Dr. Haager in Aschaffenburg.

Welcher Gerichtsschreiber ist zuständig zur Entgegennahme der nach § 911 ZPO. vorzuschießenden Haft- und Verpflegungskosten? Der Gläubiger E. erwirkte gegen den in Strelitz (Mecklenburg) wohnenden Schuldner M. beim Amtsgericht Nürnberg Versäumnisurteil auf Zahlung von 90 *M*. Da die beim Schuldner in Strelitz versuchte Pfändung erfolglos war, beantragte der Gläubiger beim Amtsgericht Strelitz die Anberaumung eines Termins zur Leistung des Offenbarungseides durch den Schuldner und erwirkte im Termin gegen ihn Haftbefehl. Inzwischen verzog der Schuldner von Strelitz nach Nürnberg, und der Gläubiger beschloß, hier den Haftbefehl zu vollstrecken. Um dem Gerichtsvollzieher den nach § 911 ZPO. erforderlichen Nachweis liefern zu können, übersandte er an die Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts Nürnberg den Betrag von 30 *M* als Haftkostenvorschuß, die Gerichtsschreiberei lehnte jedoch die Annahme ab, weil die Kosten beim Amtsgericht Strelitz einzuzahlen seien. Die sodann an die Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts Strelitz übermittelte Summe von 30 *M* wurde auch dort nicht angenommen, da der Schuldner in Nürnberg wohne, übrigens der Haftkostenvorschuß in Strelitz 54 *M* betrage. Erst nach längeren Verhandlungen erklärte sich auf nochmaliges Erbieten des Gläubigers die Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts Strelitz bereit, einen Vorschuß von 54 *M* anzunehmen, worauf der Gläubiger ihn einsandte. Der Haftbefehl wurde aber nicht mehr vollstreckt, da nun der Schuldner freiwillig zahlte, nachdem ihm der vorerwähnte Zuständigkeitsstreit gegen den Willen des Gläubigers zu einer Stundung von ungefähr 3 Monaten verholfen hatte.

Dieser Fall regt die Frage an, welches Gericht, d. h. welche Gerichtsschreiberei zur Annahme des Haftkostenvorschusses zuständig ist.

Soweit Gerichte innerhalb Bayerns in Frage kommen, ist die Zuständigkeit zur Annahme des Haftkostenvorschusses geregelt durch § 24 der MinBek. vom 23. April 1883 (JMBl. S. 194). Dieser bestimmt: „Die Erhebung der Kosten der Zwangs- und der Sicherheitshaft, welche in einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit oder im Konkursverfahren angeordnet ist, obliegt dem Gerichtsschreiber des Gerichts, welches die Haft angeordnet hat, auch wenn die Haft in dem Gefängnis eines andern Gerichts vollzogen wird".

Diese Bestimmung ist selbstverständlich nur für innerbayerische Verhältnisse maßgebend, sie ist in diesem Rahmen auch durchaus zweckentsprechend, da der Gerichtsschreiber des die Haft anordnenden Gerichts nicht nur die Offenbarungseidsakten zur Hand hat, sondern auch unmittelbar mit dem Fiskus die fraglichen Kosten verrechnen kann. Die letztere Voraussetzung trifft aber nicht zu, wenn der Vorschuß bei dem Gerichtsschreiber eines außerbayerischen Gerichts einbezahlt wird, die Haft dagegen am Sitze eines bayerischen Gerichts zu vollstrecken ist. In einem solchen Fall müßte der Gerichtsschreiber des außerbayerischen Gerichts den Vorschuß an den Gerichtsschreiber des Amtsgerichts übersenden, in dessen Bezirk die Haft vollstreckt werden soll, da die Verpflegungskosten mit dem bayerischen Fiskus zu verrechnen sind, er aber diese Verrechnung selbst nicht vornehmen könnte. Die Einzahlung des Vorschusses bei dem die Haft anordnenden Amtsgericht würde also in einem solchen Falle dennoch stets dazu führen, daß der Vorschuß an den Gerichtsschreiber des Amtsgerichts gelangte, bei welchem die Haft vollstreckt wird, und zwar auf einem recht unnötigen Umweg.

Hierzu kommt noch folgendes: Der Betrag des Haftkostenvorschusses kann in verschiedenen Bundesstaaten verschieden sein, da sich seine Höhe nach den für die Strafhaft geltenden landesgesetzlichen Vorschriften bemißt (GKG. § 79 Nr. 8). Muß es nun als selbstverständlich gelten, daß der Gerichtsschreiber nur einen Vorschuß von solcher Höhe anzunehmen braucht, der den landesrechtlichen Vorschriften entspricht, so unverständlich wäre es, wenn ein Gläubiger genötigt sein sollte, zum Zwecke einer Haftvollstreckung in Nürnberg, für die monatlich 30 *M* Verpflegungskosten erwachsen, in Strelitz 54 *M*, also nahezu den doppelten Betrag vorzuschießen. Dies würde dem Zweck der Vorschrift des § 911 ZPO. widersprechen, die die Vorschußleistung für einen Monat anordnet.

Schließlich braucht sich aber der Gläubiger wegen der Einzahlung des Vorschusses gar nicht an den Gerichtsschreiber des Amtsgerichts zu wenden, sondern er kann den erforderlichen Betrag an den von ihm mit der Vornahme der Verhaftung beauftragten Gerichtsvollzieher bezahlen, welch letzterer nach der bayerischen Dienstanweisung (§ 179 daselbst) — so auch in Preußen, Württemberg und Baden — zur Empfangnahme ermächtigt ist. Der Gerichtsvollzieher wird sich selbstverständlich stets mit dem Betrage begnügen, der nach dem Gesetze seines Staates erforderlich ist, und den Betrag nach Vollziehung des Haftbefehls an den Gerichtsschreiber abliefern. Angenommen nun, daß auf Grund einer im vorliegenden Fall an den Gerichtsvollzieher in Nürnberg geleisteten Vorschußzahlung von 30 *M* die Verhaftung erfolgte, so kann diese Haft nachträglich nicht aus dem Grunde wieder aufgehoben werden, weil etwa das Amtsgericht Strelitz den ihm vom Gerichtsvollzieher übersandten Betrag wegen ungenügender Höhe anzunehmen sich weigerte. Der Gerichtsvollzieher wird den einmal verhafteten Schuldner ohne Genehmigung des Gläubigers nicht auf seine Gefahr aus der Haft entlassen, anderseits kann er aber auch den an ihn gezahlten Vorschuß nicht behalten, da er nicht der zur Verrechnung mit dem Fiskus oder der Gefängnisbehörde zuständige Beamte ist. Vielmehr wird er den Betrag alsdann dem Gerichtsschreiber des Amtsgerichts Nürnberg übergeben müssen, an den, wie oben gezeigt, der Vorschuß auf jeden Fall gelangen würde.

Soll also die von dem Amtsgericht eines andern deutschen Bundesstaates angeordnete Haft am Sitze eines bayerischen Amtsgerichts vollstreckt werden, so wird sich der Gerichtsschreiber des letzteren Gerichts nicht weigern können, den ihm vom Gläubiger angebotenen nach § 911 ZPO. zu leistenden Vorschuß anzunehmen.

Amtsrichter Dr. Stepp in Nürnberg.



Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Anerkennung des Anspruchs i. S. des § 208 BGB.

Aus den Gründen: Der Kläger sieht eine Anerkennung seines Anspruchs durch F. darin, daß dieser ihm sofort nach dem Unfall und einige Tage später erklärt habe, er komme für allen Schaden auf, Kläger könne sich ruhig an ihn halten, er sei durch Versicherung gedeckt. Eine ähnliche Erklärung sollen F. und der Beklagte 2 auch noch nach dem 8. Dezember 1908, also innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist, abgegeben haben. Der Kläger behauptet nicht, daß F. ihm, etwa schenkungshalber, Ersatz des Schadens versprochen habe, gleichviel ob er dazu verpflichtet sei oder nicht. Das Berufungsgericht vermißt daher mit Recht in jenen Aeußerungen eine Anerkennung der Schadensersatzpflicht. Zur Anerkennung i. S. des § 208 BGB. ist erforderlich, daß die Erklärung oder das Verhalten des Schuldners das Bewußtsein von dem Bestehen der Schuld deutlich ergibt. Daran fehlt es hier. Die Aeußerungen des F. waren zur Beruhigung des Klägers bestimmt. Sie hatten, wie ihre Fassung zeigt, den Inhalt, daß er zur Entschädigung des Klägers bereit sei, weil und soweit er versichert sei. Sollte F. die Worte, er komme für den Schaden des Klägers auf, wiederholt haben, auch ohne den Zusatz, er sei versichert, so ist ihr Sinn, daß der Kläger sich an ihn halten könne, weil er versichert sei, doch der gleiche geblieben. Derartige Versprechungen von Versicherten, sie kämen für den Schaden auf, werden in der Regel nicht unbedingt, sondern unter dem Vorbehalt gegeben, daß die Versprechenden schadensersatzpflichtig und durch die Versicherung gedeckt seien. Darin ist aber keine Anerkennung des Anspruchs zu finden, wie sie § 208 voraussetzt. Eine andere Beurteilung könnte insbesondere dann Platz greifen, wenn für den Ersatzpflichtigen sein Verschulden an dem Schaden außer Zweifel stände und er dieses und seine Haftpflicht zugeben wollte. In solchen Fällen werden aber gemeinhin andere Wendungen gewählt, als F. sie gebraucht haben soll. (Urt. d. VI. ZS. vom 9. Oktober 1913, VI 292/13).

3169 — — — n.

II.

Zu §§ 1150, 268 Abs. 1 und 880 Abs. 5 BGB.; Ausübung des Ablösungsrechts durch den Inhaber eines Rechtes, das im Range zwischen mehreren Hypotheken des Befriedigung verlangenden Gläubigers steht; der Auslösende hat bei der Verteilung des bar zu zahlenden Versteigerungserlöses für die Beträge an Zinsen und Kosten, die er als nunmehriger Gläubiger der seinem Rechte vorgehenden Hypotheken zu fordern hat, Anspruch auf Befriedigung im Range vor der dem ursprünglichen Gläubiger verbliebenen Hypothek, mögen die Hypotheken auch für die gleiche Forderung bestellt und ihnen unter sich gleicher Rang eingeräumt gewesen sein. Am 4. Oktober 1897 wurde in Abt. II eines Grundbuchblatts für den Kläger ein Durchgangsrecht eingetragen. Damals war das Grundstück mit den Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 von zusammen 410 000 *M* belastet. Am 22. Juni 1898 wurde unter Nr. 36 eine zu 5% verzinsliche Hypothek von 340 000 *M* für die Beklagte eingetragen. Am 11. August 1899 wurden dann auch die zuerst genannten Hypotheken auf die Beklagte umgeschrieben und zugleich im Grundbuche vermerkt, daß die ganzen 750 000 *M* fortan mit 5% verzinst werden und unter sich gleichen Rang haben sollen. Im November 1911 wurde die Zwangsversteigerung eingeleitet. Alleinige betreibende Gläubigerin war die Beklagte. In der Besorgnis, das Durchgangsrecht durch die Versteigerung zu verlieren, übte der Kläger das Ablösungsrecht gemäß §§ 268, 1150 BGB. aus und befriedigte die Beklagte wegen der Ansprüche, die seinem Rechte vorgingen. Die Beklagte nahm darauf den Zwangsversteigerungsantrag wegen der auf die Hypotheken Nr. 22, 23, 25/28 und 35 treffenden Beträge zurück. Wegen der weiteren Beträge wurde das Verfahren fortgesetzt. Am 16. Februar 1912 wurde das Grundstück versteigert. Die auf den Kläger übergegangenen Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29, 35 fielen in das geringste Gebot, ebenso sein Durchgangsrecht.

Aus den Gründen: Wenn ein Hypothekengläubiger Befriedigung wegen seiner Hypothek aus dem belasteten Grundstück verlangt, so ist nach §§ 1150, 268 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BGB. jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstück zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen; soweit er den Gläubiger befriedigt, geht die Hypothek auf ihn über, jedoch kann der Uebergang nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden. Der erk. Senat hat bereits in dem zum Abdrucke bestimmten Urteil vom 2. April 1913 V 504/12 (vgl. JW. 1913 S. 643 Nr. 8) ausgesprochen, daß bei der Frage, ob der Uebergang einer Hypothek auf den Ablösenden zum Nachteil des bisherigen Hypothekengläubigers geltend gemacht werde, die Rechte des letzteren lediglich als Inhaber der von der Ablösung betroffenen Hypothek in Betracht zu ziehen seien, und eine andere dem nämlichen Gläubiger etwa noch zustehende Hypothek an dem Grundstück nicht zu berücksichtigen sei. Begründet ist diese Rechtsansicht hauptsächlich darauf, daß das dingliche Hypothekenrecht durch die Befriedigung des Hypothekengläubigers nicht erlischt, vielmehr auch dann fortbesteht, wenn der Schuldner selbst den Gläubiger befriedigt, und ein Aufrücken der nachfolgenden Hypotheken, sei es auch desselben Gläubigers, verhindert; nach den gesetzgeberischen Vorarbeiten hätten die auf die Verhütung der Benachteiligung des Hypothekengläubigers bezüglichen Bestimmungen nur den Fall der Ablösung eines Teiles der Hypothekforderung betreffen sollen; hier namentlich solle der dem Gläubiger verbleibende Rest der Hypothek den Vorrang haben. Daran ist festzuhalten. Danach aber macht der eine Hypothek Ablösende den Uebergang der Hypothek nicht „zum Nachteil des Hypothekengläubigers geltend", wenn er nach zwangsweiser Versteigerung des belasteten Grundstücks bei der Verteilung des bar zu zahlenden Versteigerungserlöses den auf die abgelöste Hypothek entfallenden Erlösteil für sich in Anspruch nimmt, wiewohl der Gläubiger wegen einer anderen ihm an dem nämlichen Grundstück zustehenden Hypothek nicht volle Befriedigung erlangt. Mit Recht hat daher der Berufungsrichter dem Kläger die 15 293.86 *M* zugesprochen, die dieser an Zinsen und Kosten aus den auf ihn übergegangenen Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 angemeldet hat, wiewohl die Beklagte mit der Hypothek Nr. 36 teilweise ausgefallen ist. Unzutreffend ist die Ausführung der Revision, die Beklagte sei durch die Ablösung, soweit sie sich auf die rückständigen Zinsen und Kosten erstreckt habe, benachteiligt, weil gemäß § 1178 BGB. die Hypothek für diese Zinsen und Kosten erloschen wäre, wenn der Schuldner selbst sie befriedigt hätte. Die Beklagte ist wegen der aus ihren Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 sich ergebenden Ansprüche vom Kläger voll befriedigt worden. Deshalb war es für sie als Gläubigerin dieser Hypotheken von keiner Bedeutung, daß die Hypothek für die Rückstände von Zinsen und Kosten nicht erlosch, wie es im Falle ihrer Befriedigung durch den Schuldner geschehen wäre, sondern in der Hand des Klägers ebenso wie die Hypothek für das Kapital fortbestand. An ihrer weiteren Hypothek Nr. 36 erlitt die Beklagte infolge Fortbestehens der Hypothek allerdings einen Ausfall; aber dieser Umstand hatte für die Frage außer Betracht zu

bleiben, ob sie durch Geltendmachung des Ueberganges jener Hypothek auf den Kläger benachteiligt wurde; denn nach dem Vorerörterten ist hiefür nur die Rechtsstellung der Beklagten als Gläubigerin der abgelösten Hypotheken maßgebend. — Unrichtig ist ferner die Meinung der Revision, die Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 hätten mit der Hypothek Nr. 36 eine einheitliche Hypothek gebildet und deshalb sei ihre Ablösung nur die Ablösung eines Teiles der ganzen einheitlichen Hypothek der Beklagten. Die Hypothek Nr. 36 war ein selbständiges dingliches Recht an dem belasteten Grundstück. Sie ist mit den anderen Hypotheken der Beklagten nicht zu einem dinglichen Recht vereinigt gewesen, mag auch die Forderung, zu deren Sicherung die Hypotheken dienten, eine einheitliche gewesen sein. War letzteres der Fall, so bestanden die Hypotheken je für einen Teil der Forderung als mehrere im Verhältnis zueinander selbständige Hypotheken (RG. 75, 249). Auch sonst ist es ohne Belang, ob den Hypotheken eine einheitliche Forderung oder mehrere verschiedene Forderungen zugrunde lagen. Für die Zulässigkeit und die Wirkung der Ausübung des Ablösungsrechts aus § 1150 BGB. kommen allein die dinglichen Hypothekenrechte in Betracht, nicht die gesicherten persönlichen Forderungen. Ferner ist die Selbständigkeit der Hypothek Nr. 36 auch nicht durch die Rangänderung im Jahre 1899 berührt worden, wodurch die Hypothek Nr. 36 gleichen Rang mit den Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 erhielt. Den Hypotheken ist dadurch nur ein anderer Inhalt gegeben worden. Die Hypothek Nr. 36 konnte auch mit den anderen Hypotheken nicht vereinigt werden, wenigstens nicht ohne Zustimmung des Klägers, da das Durchgangsrecht des Klägers den Rang zwischen den Hypotheken hatte. Die Revision macht weiter geltend, der Kläger könne jedenfalls Befriedigung wegen der abgelösten Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 nur in gleichem Range mit der Hypothek Nr. 36 verlangen. Wäre die letztere Hypothek in andere Hände übergegangen, so würde er wegen jener Hypotheken Befriedigung auch nur in gleichem Range mit ihr erlangen können. Mindestens sei daher insoweit der Anspruch des Klägers unbegründet. Das Einlösungsrecht sei kein der Hypothek anhaftendes bedingtes Recht, sondern eine Befugnis, die erst im Augenblick der Zwangsvollstreckung entstehe. Es sei also nicht richtig, daß der Kläger schon vor Eintragung der Hypothek Nr. 36 die rechtliche Möglichkeit erlangt gehabt habe, die ihm vorgehenden Hypotheken durch Ablösung an sich zu bringen. Er müsse vielmehr bis zu dem Augenblick, in dem die Befriedigung aus dem Grundstück gefordert werde, alles dulden, was nicht die Rangstellung seines dinglichen Rechtes verschlechtere. Diese aber bleibe auch im vorliegenden Falle unberührt. Jedoch auch dieser Angriff der Revision kann nicht für begründet erachtet werden. Allerdings war der Kläger nach §§ 268 Abs. 1, 1150 BGB. erst, als die Beklagte Befriedigung wegen ihrer Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 aus dem belasteten Grundstück verlangte, wegen der Gefahr des Verlustes seines Durchgangsrechts berechtigt, die Beklagte zu befriedigen. Der Kläger braucht aber nicht gegen sich gelten zu lassen, daß der erst nach seinem Durchgangsrecht eingetragenen Hypothek Nr. 36 durch die ohne seine Zustimmung erfolgte Rangänderung im Jahre 1899 der gleiche Rang mit den gemäß §§ 268 Abs. 3, 1150 BGB. auf ihn übergehenden Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 eingeräumt worden ist. Dies ist zwar nicht aus dem vom OLG. angeführten § 880 Abs. 5 BGB. zu entnehmen, da die Rangänderung vor dem Inkrafttreten des BGB. stattgefunden hat; wohl aber aus dem damals geltenden, übrigens im wesentlichen mit § 880 Abs. 5 BGB. übereinstimmenden § 35 Satz 3 Preuß. EigErwG. vom 5. Mai 1872 in Verbindung mit § 37 Pr. ALR. I, 20, wonach der Pfandgläubiger, der die Befriedigung aus der verpfändeten Sache betreibt, schuldig ist, gegen vollständige Befriedigung sein Pfandrecht einem jeden abzutreten, der ein dingliches Recht auf die Sache hat. Danach konnte vor der Rangänderung der Kläger als Inhaber des Durchgangsrechts die diesem vorgehenden Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 durch Befriedigung der Beklagten mit dem Vorrange vor der seinem Durchgangsrecht nachstehenden Hypothek Nr. 36 erwerben, wenn die Beklagte für jene Befriedigung aus dem Grundstück suchte. Hätte er nun nach der Rangänderung jene Hypotheken nur mit der Wirkung einlösen können, daß die Hypotheken als im gleichen Range mit der Hypothek Nr. 36 stehend auf ihn übergingen, so wäre er tatsächlich infolge der Rangänderung schlechter gestellt. Dies würde aber der Vorschrift des § 35 EigErwG. widersprechen, wonach dadurch, daß ein voreingetragener Gläubiger sein Vorrecht einem nachstehenden einräumt, die Vorrechte der Zwischenposten nicht geändert werden. Hieraus ergibt sich, daß dem Kläger wegen aller Ansprüche aus den auf ihn übergegangenen Hypotheken Nr. 22, 23, 25/29 und 35 das Vorrecht vor der Hypothek Nr. 36 zusteht und er daher aus dem baren Versteigerungserlös Befriedigung vor den Beträgen beanspruchen kann, die die Beklagte aus ihrer Hypothek Nr. 36 angemeldet hat. (Urt. des V. ZS. vom 20. Sept. 1913, V 158/1913). E.

3170

III.

Wann beginnt im Falle des § 2306 BGB. die Ausschlagungsfrist, wenn Zweifel über die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung bestehen? Aus den Gründen: Das OLG. geht zutreffend davon aus, daß der Kläger, da der ihm im Testamente seiner Mutter hinterlassene Erbteil größer als sein Pflichtteil ist, den Pflichtteil nur verlangen könnte, wenn er den Erbteil rechtzeitig ausgeschlagen hätte (§ 2306 Abs. 1 Satz 2). Zu rechtlichen Bedenken Anlaß gibt jedoch die Annahme, die am 7. Oktober 1912 vom Kläger dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärte Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testamente sei verspätet und somit nicht zu beachten. Das OLG. verweist zur Rechtfertigung seiner Annahme darauf, daß die sechswöchige Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB. nach § 2306 mit dem Zeitpunkte beginne, in dem der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntnis erlangt habe, beim Kläger sei das aber spätestens zur Zeit der Klageerhebung im April 1911 der Fall gewesen. Diese Begründung ist mindestens nicht ausreichend. Nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 beginnt zwar die Ausschlagungsfrist „erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt". Damit soll aber, worauf schon das Wort „erst" hinweist, nicht bestimmt sein, daß die Ausschlagungsfrist mit dem bezeichneten Zeitpunkt unter allen Umständen wirklich beginne, sondern nur, daß sie keinesfalls vor diesem Zeitpunkte beginnen kann. Neben der besonderen Voraussetzung der hier in Rede stehenden Bestimmung müssen vielmehr auch die in § 1944 Abs. 2 angeordneten allgemeinen Voraussetzungen für den Beginn der Ausschlagungsfrist gegeben sein. Darüber herrscht in der Rechtslehre volle Meinungsübereinstimmung, und auch der Senat hat sich in diesem Sinne ausgesprochen (RGZ. Bd. 59 S. 341). Für den durch Testament als Erbe berufenen Pflichtteilsberechtigten beginnt daher die Ausschlagungsfrist nicht vor dem Zeitpunkt, in dem er von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt. Die „Kenntnis", von der § 1944 Abs. 2 spricht, fällt nicht schlechthin mit der Kenntnis der Tatsachen zusammen, auf die sich die Berufung gründet. Vor allem muß der Erbe wissen (vgl. auch § 1949 Abs. 1), ob ihm die Erbschaft als gesetzlichem oder als Testamentserben angefallen ist. Hält daher ein durch Testament berufener Erbe, der auch zu den gesetzlichen Erben gehören würde, das Testament aus irgendwelchem Grunde für nichtig,

wenn auch irrig, so ist der Beginn der Ausschlagungsfrist ausgeschlossen, solange der Irrtum vorhält, sofern wenigstens durch das Testament im Falle seiner Gültigkeit das gesetzliche Erbrecht geschmälert werden würde. Nun hatte der Kläger ausdrücklich behauptet, er habe sich bei der Annahme der Erbschaft in einem Irrtume über den Berufungsgrund befunden, indem er damals der auch jetzt noch geteilten Ansicht gewesen sei, das Testament sei wegen Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin nichtig, er sei deshalb gesetzlicher Erbe und habe zur Ausschlagung keinen Anlaß. Auf diese Behauptung hätte das OLG. eingehen müssen. Sie bezieht sich zwar ihrem Wortlaute nach auf einen Irrtum über den Berufungsgrund „bei der Annahme der Erbschaft". Aber da der Kläger offenbar nicht eine durch ausdrückliche Erklärung oder schlüssige Handlungen erfolgte eigentliche Annahme der Erbschaft (i. S. der ersten der beiden in § 1943 erwähnten Möglichkeiten) hat behaupten wollen, die eine nachträgliche Ausschlagung ausgeschlossen hätte, so kann seine Behauptung nach ihrem Zusammenhange nur so verstanden werden, daß gesagt sein sollte, er habe sich bei der Unterlassung der Ausschlagung aus dem Testament in einem Irrtum über die angenommene Gültigkeit des Testaments und damit über den wahren Berufungsgrund befunden. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung des Klägers hat das OLG. nicht festgestellt. Ebensowenig ist festgestellt, daß der Kläger, überhaupt oder früher als 6 Wochen vor dem 7. Oktober 1912, von der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin und damit von der Gültigkeit ihres Testaments Kenntnis erlangt hätte. Endlich ist nicht festgestellt, daß der Kläger vor dem 7. Oktober 1912 die Erbschaft durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung angenommen und sich dadurch, wenigstens vorbehaltlich des Einflusses der §§ 1949 und 1954 BGB., der Möglichkeit wirksamer Ausschlagung beraubt hätte. (Urt. v. 18. September 1913, IV 179/1913). — — — n.

3174

IV.

Teilweise Zurücknahme der Klage durch Uebergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage. Stillschweigende Zustimmung des Beklagten zu dieser Zurücknahme. Aus den Gründen: Die Revision beanstandet, daß die Vorgerichte einen Teil der Ansprüche des Klägers wegen Verjährung abgewiesen haben. Sie verkennt nicht, daß die Klageschrift nur eine auf den Erwerbsschaden beschränkte Feststellungsklage enthielt, meint aber, daß insoweit eine Unterbrechung der Verjährung stattgefunden habe und daß daher die im Juni 1912 erhobenen erweiterten Ansprüche in diesem Umfange nicht verjährt seien. Auch der Vorderrichter erkennt an, daß durch die Erhebung der Feststellungsklage die Verjährung der vom Kläger auf die Schädigung seiner Erwerbsfähigkeit gestützten Ansprüche gemäß § 209 Abs. 1 BGB. unterbrochen wurde, diese Wirkung sei aber dadurch beseitigt, daß der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 7. Januar 1911 den Feststellungsantrag nicht mehr gestellt und ihn innerhalb der durch § 212 BGB. bestimmten Frist von sechs Monaten nicht erneuert habe. Darin, daß der Kläger von der Feststellungsklage zur Leistungsklage übergegangen sei, liege eine Einschränkung und eine teilweise Zurücknahme der ursprünglichen Klage, mit der sich die Beklagte einverstanden erklärt habe. Daß der Vorderrichter bei seinen Erwägungen die §§ 211, 212 BGB., § 271 ZPO. verletzt habe, kann nicht zugegeben werden. Zutreffend ist zunächst, daß in dem Nichtverlesen eines Antrags oder in dem Verlesen eines beschränkten Antrags eine vollständige oder teilweise Zurücknahme der Klage liegen kann. Welche Bedeutung diesen Vorgängen in Zweifel zukommt, kann unerörtert bleiben, denn der Vorderrichter hat seine Auffassung aus den besonderen Umständen zutreffend begründet. Der Kläger hatte zur Stütze des Feststellungsantrags angeführt, er sei erheblich in seiner Erwerbstätigkeit beeinträchtigt, es sei fraglich, ob er je wieder zu einer gewinnbringenden Tätigkeit imstande sein werde. Wenn er nun später zu einem bezifferten Antrage vorbehaltslos überging, so läßt sich das nur dahin verstehen, daß der neue Antrag den früheren ersetzen sollte, dieser also fallen gelassen werde, soweit er etwa umfassender war. Es kommt hinzu, daß der im Januar 1911 erhobene Rentenanspruch nach der Feststellung des OLG. auf die Behauptung völliger Erwerbsunfähigkeit gegründet wurde, ein Feststellungsantrag neben ihm sonach zwecklos gewesen wäre. Mit dem Urteile des Senats in Bd. 66 S. 12, auf das sich die Revision bezieht, steht die gebilligte Auffassung nicht im Widerspruche, denn auch dort ist nur gesagt, die Einschränkung eines Antrags könne zwar eine teilweise Zurücknahme der Klage bedeuten, wenn sich ein entsprechender Wille feststellen lasse, sie brauche aber diese Bedeutung nicht zu haben (vgl. RGZ. 65, 36). Die Revision will darauf Wert legen, daß man im Januar 1911 noch über den Grund des Anspruchs verhandelt habe und daß nur hierüber Beweis erhoben sei, es sei nicht einzusehen, weswegen sich der Kläger in dieser Prozeßlage in bezug auf die Höhe der Rente habe festlegen sollen. Diese Erwägung würde es rechtfertigen, wenn der Kläger bei der Feststellungsklage verblieben wäre; ging er aber trotzdem zu der Leistungsklage über, so läßt sich das mit dem Vorderrichter nur dahin verstehen, daß er glaubte, nunmehr seinen Schaden übersehen zu können, daß er diesen ganzen Schaden geltend machen wollte und daß die Leistungsklage an die Stelle der Feststellungsklage treten sollte.

Die Revision wendet sich weiter gegen die Annahme des OLG., die Beklagte habe sich mit einer teilweisen Zurücknahme der Klage einverstanden erklärt, indem sie ihr nicht widersprach. Daß diese von dem Vorderrichter gegebene Begründung nicht ganz ohne Bedenken ist, muß zugegeben werden. Zwar kann die Einwilligung zur Zurücknahme einer Klage auch durch schlüssige Handlungen erklärt werden, die bloße Untätigkeit reicht aber noch nicht aus (RGZ. 75, 290). Trotzdem war die Entscheidung des OLG. aufrecht zu erhalten, weil die Einwilligung der Beklagten sich auch aus ihrem positiven Verhalten ergibt. In dem von der angeführten Entscheidung betroffenen Falle hatte der damalige Beklagte sich mit der teilweisen Zurücknahme der Klage ausdrücklich nicht einverstanden erklärt und die Abweisung des zurückgenommenen Antrags beantragt, auch in einem späteren Antrage auf Berichtigung des Tatbestandes betont, daß er die Zurücknahme der Klage nicht genehmigt habe. Bei dieser Sachlage konnte nicht seine Zustimmung zu der teilweisen Zurücknahme der Klage darin erblickt werden, daß er bei Einlegung der Berufung nicht auf seinen Antrag zurückgekommen war, den Kläger besonders mit dem zurückgenommenen Teilanspruch abzuweisen. Ganz anders steht es hier. Gegenüber dem geänderten Antrage beantragte die Beklagte am 7. Januar 1911 die Klageabweisung, ohne gegen die Aenderung und die hierin liegende Zurücknahme der Feststellungsklage Einwendungen zu erheben und ohne in bezug auf die Feststellungsklage besondere Anträge zu stellen. Das konnte nach Lage der Sache nicht anders verstanden werden, als daß sie mit der Umwandlung der Feststellungsklage in eine Leistungsklage einverstanden war. Da nun die ziffermäßig bestimmte Leistungsklage notwendig enger war als der ursprüngliche Feststellungsanspruch, so hätte es besonders nahe gelegen, daß die Beklagte, wenn sie in dem anhängigen Rechtsstreite eine Entscheidung über die Feststellungsklage gewollt hätte, dies irgendwie ausdrückt hätte. Darin, daß sie dies nicht tat und ferner der geänderten Klage nur einen Abweisungsantrag entgegensetzte, muß ihre Zustimmung zu dem Ausscheiden des Feststellungsanspruchs

aus dem Prozesse, d. h. zu der teilweisen Zurücknahme der Klage, gefunden werden. Hiernach muß angenommen werden, daß der Kläger die Feststellungsklage am 7. Januar 1911 wirksam zurückgenommen hat. (Urt. d. VI. ZS. vom 2. Oktober 1913, VI 255/13).

3166 — — — n.

V.

Klage auf Dienstlohn im Urkundenprozesse. Die Beklagte hat dem Kläger (einem Detektiv) folgende Urkunde ausgestellt: „Nach meiner Ehescheidung bekommt Herr K. G. ein Honorar von 4500 *M*.“ Ihre Ehe ist geschieden worden. Im Urkundenprozesse verlangt der Kläger nunmehr Zahlung von 4500 *M*. Das LG. hat stattgegeben und der Beklagten die Ausführung ihrer Rechte im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Gründe: Das OLG. findet in dem Scheine kein abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB., sondern die Zusage einer Vergütung für Dienste bei einer Ehescheidung. Es nimmt auch an, daß der Kläger nach § 614 BGB. diese Dienste vorzuleisten hatte. Diese Auffassung, die den Schein unter das Recht des Dienstvertrags stellt, ist frei von Rechtsirrtum. Das OLG. hält nun diesen Schein, obwohl er nicht ergebe, welche Dienste der Kläger zu leisten hatte und welche er tatsächlich geleistet hat, gleichwohl für ausreichend, um die Klage zu begründen; denn er habe die Vermutung der Vollständigkeit für sich, und es sei die einzige Tatsache eingetreten, an die die Fälligkeit des Dienstlohnes geknüpft worden sei, die Ehescheidung.

Die Revision ist begründet. Der Urkundenprozeß der ZPO. schafft nicht ein besonderes Klagerecht aus der Urkunde als solcher, sondern gibt nur den Urkunden als Beweismitteln einen Vorzug. Daher bleibt es auch im Urkundenprozesse bei der allgemeinen Regel, daß der Kläger seinen Anspruch vollständig zu beweisen hat und zwar muß er nach § 592 ZPO. sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden beweisen. Also muß eine im Urkundenprozesse verfolgte Klage auf Dienstlohn auch die nach § 614 BGB. klagebegründende Tatsache unter Urkundenbeweis stellen, daß der Kläger die Dienste wirklich verrichtet hat, für deren Leistung er die Vergütung beanspruchen kann (§ 253 Abs. 2 Nr. 2, § 592 ZPO.). Der Schein enthält nach der Annahme des OLG. nur die Zusage einer Dienstvergütung, aber nichts darüber, daß der Kläger die vertraglich übernommenen Dienste tatsächlich verrichtet hat. Auch das OLG. gelangt nicht zu der nach § 614 BGB. erforderlichen Feststellung, daß durch den Schein, dem es ausdrücklich die Vermutung der Vollständigkeit zuspricht, auch die Vorleistung der zu vergütenden Dienste bewiesen werde. Daraus, daß die Fälligkeit des Honorars an die Tatsache der Ehescheidung geknüpft worden ist, kann rechtlich höchstens entnommen werden, es habe die Beklagte bei Niederschrift des Scheines vorausgesetzt, daß der Kläger im Zeitpunkt ihrer Ehescheidung seine Dienste geleistet haben werde. Dagegen bietet der Schein keine Handhabe auch für die weitere Auslegung, daß der Kläger die Dienste wirklich bis zu jenem Zeitpunkte geleistet hat. Da der Kläger sohin über die klagebegründende Tatsache der Dienstleistung keinen Beweis mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln angetreten hat, ist die Klage auf Zahlung von Dienstlohn im Urkundenprozesse unstatthaft und daher nach § 597 Abs. 2 ZPO. in dieser Prozeßart abzuweisen. (Urt. d. VI. ZS. vom 13. Oktober 1913, VI 351/13).

3165 — — — n

B. Strafsachen.

I.

Urkundenfälschung durch Fälschung des Blankoindossaments des Bezogenen auf einem Wechsel, der weder in blanco akzeptiert ist noch einen Ausstellungsvermerk und das Giro des Ausstellers aufweist? Wann hat die Namensunterschrift die Bedeutung einer rechts- und beweiserheblichen Urkunde? Feststellung des Gehilfenvorsatzes bei der Beihilfe zur Urkundenfälschung.

Aus den Gründen: Nach den Urteilsgründen hat der Angeklagte A. unter Beihilfe der Beschwerdeführerin „eine Urkunde fälschlich angefertigt, die eine Wechselverbindlichkeit eines Akzeptanten ausdrückte und als solche zum Nachweise einer Verbindlichkeit des angeblichen Akzeptanten und Wechselschuldners oder zum mindesten als Schuldschein über irgendeine Verbindlichkeit eines Sebastian St. erheblich war“. Diese Beurteilung der Rechts- und Beweiserheblichkeit des von dem Angeklagten A. und der Beschwerdeführerin hergestellten Schriftstücks ist mit dem Inhalt der darauf bezüglichen tatsächlichen Feststellungen nicht vereinbar. Danach hat der Angeklagte ein Wechselformular soweit ausgefüllt, daß darin Sebastian St. für eine an die Ordre von A. an einem bestimmten Fälligkeitstag zu entrichtende Wechselsumme bezogen erschien; ein Ausstellungsvermerk fehlte, namentlich hatte auch A. das unter Benützung des Formulars gefertigte Schriftstück selbst dann nicht mit einem auf ihn selbst lautenden Ausstellungsvermerk versehen, als er es an einen Dritten weitergab, um sich Geld zu verschaffen. „Auf der Rückseite“ des Wechselformulars hatte die Beschwerdeführerin den Namen „St.“ geschrieben. Wenn das LG. in dieser Namensschrift die fälschliche Anfertigung eines „Akzepts“ erkennt, so ist dies rechtsirrig; denn die Niederschrift des Namens des Bezogenen, die nicht mit einem die Annahmeerklärung enthaltenden Zusatz verbunden ist, gilt nur dann als wechselmäßige Annahme, wenn sie auf die Vorderseite des Wechsels geschrieben wird (Art. 21 WO.). Die Niederschrift eines Namens auf der Rückseite eines Wechsels kann die Bedeutung eines Blankoindossaments haben, das auch vom Bezogenen wirksam abgegeben werden kann, sofern er dabei als Nachmann des Remittenten erscheint, der sich zuerst des Wechsels mittels Indossaments zu begeben hat (Art. 12, 36 WO.). Das Blankoindossament des Bezogenen auf einem Wechsel, der weder in blanco akzeptiert ist noch insbesondere einen Ausstellungsvermerk aufweist, ist allerdings ebenfalls ohne gegenwärtige wechselrechtliche Bedeutung und regelmäßig überhaupt rechtlich unerheblich; denn solange der Wechselauftrag aus der Tratte nicht zu entnehmen ist, haftet wechselrechtlich niemand für die Erfüllung des in dem gezogenen Wechsel beurkundeten Zahlungsauftrags und das Indossament vermag daher Wechselrechte nicht zu übertragen, zumal es die Wiederholung des Auftrags in sich schließt. Ueberdies kann ein Indossament des Bezogenen, als welcher hier der auf der Rückseite durch seine angebliche Namensunterschrift girierende Seb. St. auf der Vorderseite in der Adresse bezeichnet war, wie bereits hervorgehoben, wirksam erst erfolgen, nachdem der Remittent den Wechsel durch Indossament übertragen hat. Ein solches Indossament des Remittenten trug aber der Wechsel nicht. Als „Schuldschein über irgendeine Verbindlichkeit“ kann die Namensschrift auf der Rückseite eines Papiers, dessen Vorderseite nur einen unvollständigen Zahlungsauftrag ohne Angabe des Schuldgrundes und Benennung des Auftraggebers aufweist, nicht gelten. Die Namensschrift für sich allein hat nicht die Bedeutung einer rechts- und beweiserheblichen Urkunde, solange sie nicht als Unterschrift eines sog. abstrakten Schuldversprechens (§§ 780, 126 BGB.) anzusehen ist, oder die Beziehung der Namensschrift zu dem Gedankeninhalt der auf der Vorderseite befindlichen Erklärungen erkennbar ist und durch diese in Verbindung mit der Namensschrift die Uebernahme

oder Anerkennung etwaiger in diesen Erklärungen zum Ausdruck gelangter Verbindlichkeiten durch den Urheber der Namensschrift bezeugt wird. Aus dem Zusammenhang zwischen dem unvollständigen Inhalt der unter Benützung des Wechselformulars vorbereiteten Erklärung einerseits und der Namensschrift andererseits kann aber, wie sich aus den Feststellungen ergibt, eine verpflichtende oder sonst rechtserhebliche Erklärung sich nicht ergeben. Freilich ist, wie in der Entscheidung Bd. 24 S. 192 nachgewiesen, ebenso wie das Blankoakzept auf einem in allen sonstigen Teilen noch offenen Wechselformular, auch das Blankoindossament auf einer Tratte zugunsten eigener Ordre, die nicht an erster Stelle mit dem Giro des Ausstellers und Remittenten versehen ist, doch zum Beweis von Rechten und Rechtsverhältnissen erheblich, weil und soweit dem fälschlich angefertigten Indossament Rechtswirksamkeit und Vollwertigkeit dadurch verschafft werden kann, daß der Remittent nachträglich durch Vorausstellung seines Giros die fälschlich angefertigten Blankoindossamente zu wechselrechtlich verpflichtenden Erklärungen gestaltet, sobald der Wechsel wieder in seine Hände kommt. Zunächst hatte der Tatrichter darüber zu entscheiden, ob hier der Angeklagte A. sowohl den Ausstellungsvermerk nachholen wie namentlich auf der Rückseite des Wechsels ein der Namensschrift St. vorauszustellendes Remittentengiro noch anbringen konnte, ob also die Namensschrift St. bei dem Gebrauch schon beweis- und rechtserheblich war, weil sie in diesem Zeitpunkt schon geeignet war, zu einem vollgültigen Indossament durch nachträglichen Zusatz des A.schen Giros an einer Stelle des Papiers oberhalb der fälschlich angebrachten Namensschrift um- und ausgestaltet zu werden. Zurzeit ist in dem angefochtenen Urteil der äußere Tatbestand einer vollendeten Urkundenfälschung nicht nachgewiesen; die Annahme, es handle sich um die fälschliche Anfertigung eines Akzepts, ist rechtsirrig, im übrigen aber die Berücksichtigung der vorstehenden Gesichtspunkte unterblieben. Bei der wiederholten Verhandlung der Sache wird bei Ermittelung des Verschuldens der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen sein, daß es nicht genügt, wenn sie durch die Kenntnis „der betrügerischen Gewohnheiten des Angeklagten A." davon unterrichtet war, daß die von ihr hergestellte Unterschrift zur Begehung solcher Betrügereien bestimmt war. Es ist erforderlich, daß die Angeklagte diejenigen Umstände kannte, auf Grund deren rechtlich der von ihr hergestellten Namensschrift die Bedeutung einer beweiserheblichen Urkunde, sei es für sich allein, sei es in Verbindung mit den von A. vorbereiteten schriftlichen Erklärungen beizumessen ist. Weiter muß sie gewußt haben, daß der Täter das unter ihrer Mitwirkung hergestellte Schriftstück zur Täuschung Dritter durch urkundliche Beweisführung benutzen wollte. (Urt. des I. StS. vom 16. Oktober 1913, 1 D 658/1913).

3172 E.

II.

Die verbotene Einfuhr von Süßstoff aus der Schweiz nach Deutschland und von hier nach Oesterreich kann zwei selbständige strafbare Handlungen i. S. des § 74 StGB. enthalten, auch wenn die Wiederausfuhr nach Oesterreich von vornherein geplant gewesen ist. Aus den Gründen: Der Angeklagte wurde am 22. Februar 1912 gemäß § 2 Ges. betr. die Ausführung des mit Oesterreich-Ungarn abgeschlossenen Zollkartells vom 9. Juni 1895 zu Strafe verurteilt, weil er in Gemeinschaft mit anderen am 25. Mai 1910 es unternommen hatte, Süßstoff, dessen Einfuhr in Oesterreich verboten ist, dem Verbote zuwider dorthin einzuführen; das Urteil wurde am 3. August 1912 rechtskräftig. In dem angefochtenen Urteil vom 15. Mai 1913 ist der Angeklagte für überführt erachtet, sich gemeinschaftlich mit den früheren Mitangeklagten dadurch gegen § 7 SüßstoffG. mit § 134 VZollG. vom 1. Juli 1869 vergangen zu haben, daß sie seit mehreren Jahren auf Grund eines und desselben Vorsatzes es unternahmen, verbotswidrig Süßstoff über die Schweizer Grenze nach Deutschland einzuführen, und daß sie die eingeschmuggelten Waren teils durch Verkauf im Inland teils durch Weitertransport nach Böhmen, also nach österreichischem Gebiete, verwerteten. Hiernach ist allerdings anzunehmen, daß der Angeklagte denselben Süßstoff, wegen dessen unerlaubter Einfuhr nach Oesterreich er rechtskräftig verurteilt war, durch eine der strafbaren Teilhandlungen an sich gebracht hatte, deren Begehung ihm das angefochtene Urteil zur Last legt. Nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe kann jedoch unbedenklich unterstellt werden, daß die verbotswidrige Einfuhr des Süßstoffes in Deutschland beendigt war, ehe der Angeklagte und seine Genossen zur Wiederausfuhr nach Oesterreich schritten, und daß der Süßstoff hier zuvor einige Zeit gelagert, also im Inland zur Ruhe gelangt gewesen ist (RGSt. Bd. 39 S. 66 [71]); es bestand deshalb kein rechtliches Hindernis, die Einfuhr des Süßstoffes nach Deutschland und seine Einfuhr nach Oesterreich, mochte es auf diese auch schon vor jener abgesehen gewesen sein, nicht als eine Handlung im natürlichen Sinne, sondern als zwei selbständige Handlungen nach § 74 StGB. aufzufassen, richtete sich doch die erste gegen die Finanzhoheit des Deutschen Reiches, während die andere widerrechtlich in die Zollrechte des österreichisch-ungarischen Staates eingriff. Der gemeinsame Zweck, der beide Handlungen verband, die Erlangung von Gewinn aus der unerlaubten Einfuhr der Ware nach Deutschland und Oesterreich, steht dem nicht entgegen. Die Willensakte, durch die der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wurde, sind auch nicht zu einem Teile dergestalt zusammengefallen, daß ein Teil der gesamten Tätigkeit des Ein- und Ausführens zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitgewirkt hat (RGSt. Bd. 32 S. 137). (Urt. des I. StS. vom 6. Oktober 1913, 1 D 628/1913). E.

3171

III.

Der Tatbestand der Beihilfe zu dem Vergehen des § 284 StGB. wird nicht schon dadurch erfüllt, daß jemand die Wetten dritter Personen an einen Buchmacher weitergibt. Aus den Gründen: Nach der Feststellung des LG. hat der Angeklagte als Kellner in einem Café, das als Treffpunkt für Wettlustige bei Pferde-Wettrennen bekannt ist, in zwei Fällen Wettzettel nebst den Wettbeträgen von einem Reisenden erhalten und an einen unbekannten Dritten weitergegeben, der vor der Tür des Lokals wartete. Er habe hierbei gewußt, daß der Dritte wegen der vorgeschrittenen Stunde die Wettzettel nicht mehr an die Rennbureaus weitergeben konnte, sondern die Wetten selbst halten mußte und daß er hieraus einen Erwerb machte, also gewerbsmäßiger Buchmacher war. Der Angeklagte habe für die Weitergabe der Wettzettel erhebliche Vorteile außer dem ihm als Kellner zufließenden Trinkgelde nicht empfangen; er habe die Zettel im wesentlichen nur aus dem Grunde weitergegeben, weil er sich den Cafégästen habe gefällig erweisen wollen. Auf Grund dieses Sachverhalts hat das LG. den Angeklagten wegen Beihilfe zum gewerbsmäßigen Glückspiel verurteilt in der Annahme, es genüge zum Tatbestand der Beihilfe, daß der Angeklagte durch Zuweisung von Wetten dritter Personen an den unbekannten Buchmacher das ihm bekannte strafbare Treiben des letzteren unterstützt habe. Das ist rechtsirrig. Das Vergehen des § 284 StGB. setzt seiner strafrechtlichen Natur nach eine Beteiligung noch anderer Personen voraus. Glückspiele kann nur treiben, wer mitspielende Genossen findet. Die letzteren sind aber nicht schon um deswillen strafbar, weil sie sich an dem Spiel in dem Bewußtsein beteiligen, daß dadurch dem gewerbsmäßigen Spieler der Betrieb seines verbotenen Gewerbes ermöglicht wird. Vielmehr ist für die Strafbarkeit der

Teilnahme oder sonstigen Mitwirkung beim Spiel zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen jemand zu dem gewerbsmäßigen Spieler in gar keiner Beziehung steht, daher es auch nicht auf eine Förderung des Spielers in seiner strafbaren Erwerbstätigkeit abgesehen hat, sondern sich diese Tätigkeit in eigenem oder dritter Personen Interesse zunutze machen will, und den anderen Fällen, in denen der Teilnehmer mit der Zuführung von Spielenden (oder Wettenden) den Zweck und die Absicht verfolgt, das verbotene Spielgewerbe zu fördern, also die Begehung der strafbaren Handlung zu erleichtern, sei es, weil er von dem gewerbsmäßigen Spieler für sein Mitwirken Entgelt erhält, oder aus einem sonstigen in seinen Beziehungen zum gewerbsmäßigen Spieler liegenden Grunde. Diesen Standpunkt hat der erk. Senat schon wiederholt vertreten, so besonders in den Urt. vom 11. März 1912 I D 1187/11, vom 3. Juni 1912 I D 252/12 und vom 10. Oktober 1912 I D 686/12. Hier nun ist dem Angeklagten aus der Weitergabe der ihm übergebenen Wettzettel und Wettbeträge an den unbekannten Buchmacher von diesem irgendein Vermögensvorteil anscheinend nicht zugeflossen. Seine Tätigkeit scheint vielmehr durch die Trinkgelder, die er von den Cafégästen als Kellner erhielt, mitabgegolten worden zu sein. Beabsichtigte er hiernach durch sein Tun lediglich die straflose Spielbeteiligung der Cafégäste zu fördern, ohne dadurch zugleich im Interesse des unbekannten Buchmachers wirken zu wollen, so ist es belanglos, wenn er das bloße Bewußtsein hatte, durch sein Tun werde das Buchmachergewerbe des unbekannten Dritten gefördert. Hierdurch allein ohne hinzukommende Förderungsabsicht wird der Tatbestand der strafbaren Beihilfe zum gewerbsmäßigen Glückspiel nicht erfüllt. (Urt. des I. StS. vom 20. Oktober 1913, 1 D 594/1913).

3173 E.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Notwendigkeit der Aufstellung eines Abwesenheitspflegers für einen Verschollenen, der nach der Lebensvermutung den Anfall einer Erbschaft erlebt hat, aber zur Zeit des Antrags auf Bestellung eines Abwesenheitspflegers als tot zu betrachten ist. (§§ 1911, 18, 19, 1960 BGB.). Am 25. Februar 1911 starb in B. Thekla von G. Als Erbe ist der am 15. April 1870 geborene Zahntechniker Richard Z. neben 24 Miterben berufen. Sein Aufenthalt ist seit 1. März 1902 unbekannt. Das Nachlaßgericht hat einen Nachlaßpfleger nach § 1960 BGB. bestellt. Dessen Antrag, für Richard Z. eine Abwesenheitspflegschaft einzuleiten, hat das Amtsgericht M. abgelehnt. Der Nachlaßpfleger legte Beschwerde ein und machte geltend, es könne nicht nachgewiesen werden, daß Richard Z. zur Zeit des Erbschaftsanfalls noch gelebt habe; es müsse Todeserklärung beantragt werden. Da die letzte Nachricht über Z. auf den 1. März 1902 falle, so sei zu vermuten, daß Z. am 1. März 1912 gestorben sei, also den Anfall der Erbschaft noch erlebt habe. Die Bestellung des Abwesenheitspflegers bezwecke, die Erbschaft für den Abwesenden anzunehmen, damit das Nachlaßgericht den beantragten gemeinschaftlichen Erbschein erteilen könne. Das LG. wies die Beschwerde zurück. Auf die weitere Beschwerde wurden die Beschlüsse aufgehoben und das Vormundschaftsgericht angewiesen, erneut zu verfügen.

Gründe: Die Anschauung des LG., daß vor Erlassung des Ausschlußurteils keine Vermutung dafür bestehe, daß Z. den Erbfall noch erlebt habe, steht im Widerspruche mit der in § 19 mit § 18 Abs. 2 BGB. ausgesprochenen Lebensvermutung. Der § 19 erweitert die Lebensvermutung auch für solche Fälle, in denen keine Todeserklärung erfolgt ist. Die Fortdauer des Lebens soll bis zu dem Zeitpunkte vermutet werden, der nach § 18 Abs. 2 in Ermangelung eines anderen Ergebnisses der Ermittlungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist. Die Lebensvermutung hat dieselbe Bedeutung wie die durch die Todeserklärung begründete Todesvermutung, deren Kehrseite sie bildet (Kretzschmar im „Recht" 15. Jahrg. 1911 S. 573). Da der Erbfall hier am 25. Februar 1911 eintrat, die letzte Nachricht von dem Verschollenen aber vom 1. März 1902 stammt, so ist hier anzunehmen, daß der Verschollene den Erbfall noch erlebte. Ist die Verneinung der Lebensvermutung nicht zutreffend, so ist auch die weitere Annahme des LG. nicht haltbar, daß der Nachlaß noch nicht geteilt werden könne, da zunächst nicht festgestellt werden könne, ob Z. Erbe wurde. Freilich ist Z. gegenwärtig schon so lange verschollen, daß die Lebensvermutung des § 19 jetzt nicht mehr Platz greift. Allein daraus folgt nur, daß jetzt keine gesetzliche Vermutung für sein Leben mehr besteht. Dagegen darf hieraus nicht geschlossen werden, daß nunmehr der Verschollene als tot zu gelten hat. Es bewendet vielmehr bei den allgemeinen Grundsätzen, nach welchen Leben und Tod ungewiß sind; das Leben hat also zu beweisen, wer sich auf das Leben, und den Tod hat zu beweisen, wer sich auf den Tod beruft. Hieraus ergibt sich auch, daß die Frage zu bejahen ist, ob noch eine Abwesenheitspflegschaft zulässig ist, wenn die Lebensvermutung für den Verschollenen zu der Zeit nicht mehr begründet ist, zu welcher die Anordnung der Pflegschaft beantragt wird (vgl. BayNotZ. 1910 S. 327; 1911 S. 17, 21). Die in der Sammlung Bd. 4 S. 80 und Bd. 5 S. 677 veröffentlichten Entscheidungen vertreten keine abweichende Ansicht; es handelte sich damals um Nachlässe, die dem Verschollenen erst nach dem Ablaufe der Lebensvermutung angefallen waren, ein Abwesenheitspfleger aber kann für den Verschollenen die Erbschaft nur annehmen, wenn feststeht, daß der Verschollene den Erbfall erlebt hat. Nun kann allerdings nicht der Umstand allein die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft erforderlich machen, daß Ungewißheit besteht, ob ein Abwesender, der unbekannten Aufenthalts ist, einen Erbfall erlebt hat. Entscheidend ist nach § 1911 BGB., dessen sonstige Erfordernisse vorausgesetzt, vielmehr, ob eine Vermögensangelegenheit des Abwesenden der Fürsorge bedarf. Die Vorgerichte verneinen dies, weil ja die Sicherung des Nachlasses i. S. des § 1960 BGB. mit der Bestellung eines Nachlaßpflegers geschehen sei. Nun kann zwar ein Abwesender schon dadurch genügend geschützt sein, daß ein Nachlaßpfleger seine Interessen wahrnimmt (BGB., Komm. v. Reichsgerichtsräten Bem. 3 zu § 1911); aber durch das Vorhandensein eines Nachlaßpflegers allein ist nicht jedes Bedürfnis einer Fürsorge durch einen Abwesenheitspfleger ausgeschlossen. Auch wenn der Nachlaß durch die Bestellung eines Nachlaßpflegers gesichert ist, kann um des Abwesenden selbst willen die rasche Nachlaßauseinandersetzung wünschenswert sein. Zur Auseinandersetzung ist aber der Nachlaßpfleger nicht berufen. Gleiches gilt nach der herrschenden Ansicht von der Ausstellung eines Erbscheins. Gerade um die Auseinandersetzung und die Ausstellung eines Erbscheins zu ermöglichen, will der Beschwerdeführer die Abwesenheitspflegschaft angeordnet haben und er begründet die Notwendigkeit der Auseinandersetzung damit, daß durch sie die Gefahr ferngehalten werden soll, die sich aus dem längeren Ungeteiltsein des Nachlasses zumal im Hinblick auf die durch ein Aufgebotsverfahren nach § 965 ZPO. notwendige Verzögerung ergibt. (Beschl. d. I. ZS. vom 14. November 1913, Reg. III 82/1913).

3168 W

II.

Kann der stille Gesellschafter der Zweigniederlassung eines Bankgeschäfts das ihm zustehende Prüfungsrecht durch einen bevollmächtigten beeidigten Bücherrevisor ausüben lassen? Erstreckt sich das Recht auch auf die zwischen der Haupt- und Zweigniederlassung gewechselten Schriftstücke? (§§ 338, 118 HGB.; § 716 BGB.).

Gründe: Dem LG. ist darin beizutreten, daß der Antrag auf Zulassung eines Bevollmächtigten nicht gerechtfertigt ist. Das dem stillen Gesellschafter im § 338 Abs. 3 HGB. eingeräumte Prüfungsrecht ist wie in den Fällen des § 716 BGB. und des § 118 HGB. dem Gesellschafter nur persönlich gegeben. Seine Ausübung durch einen rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten ist daher nur ausnahmsweise, zur Vermeidung grober Härten, dann zulässig, wenn es der Gesellschafter nicht selbst ausüben kann (Planck, 3. Aufl. Anm. 2 zu § 716 BGB., Staub, 9. Aufl. Anm. 3 zu § 118 HGB.). Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Weder die voraussichtliche Dauer der Prüfung noch die Entfernung lassen es unbillig erscheinen, wenn dem Antragsteller die persönliche Ausübung zugemutet wird. Es kann auch unbedenklich angenommen werden, daß der Antragsteller vermöge seines Berufs die zur Vornahme der Prüfung erforderlichen Geschäftskenntnisse besitzt, zumal es sich für ihn hauptsächlich nur um die Frage handelt, ob die Gegnerin bei Gewährung der beanstandeten Kredite die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hat. Ueberdies wäre es ihm unbenommen, im Bedarfsfalle die Zuziehung eines Sachverständigen anzuregen (RJA. Bd. 6 S. 124).

Anders verhält es sich mit dem weiteren Verlangen des Antragstellers. Die Antragsgegnerin will von der Vorlage allgemein alle Schriftstücke ausscheiden, die zwischen ihr und der Zentraldirektion gewechselt wurden, weil sie innere, vertrauliche Angelegenheiten beträfen und ausschließlich unter der Verfügung der Zentraldirektion ständen. Diese Ausscheidung ist mit dem Wesen der Zweigniederlassung nicht vereinbar. Die Zweigniederlassung ist dem Hauptgeschäfte gegenüber wirtschaftlich und rechnerisch selbständig. Sie kann mit dem Hauptgeschäft in Geschäftsverkehr treten und es in ihren Büchern als Gläubiger oder Schuldner buchen (vgl. Brendel in Gruch. Beitr. Bd. 33 S. 224). Wenn daher die Antragsgegnerin von dem Hauptgeschäfte Gelder vorgestreckt erhält und hiefür Zinsen zahlt, so hat *sie* diese Geschäfte zu buchen und die hierüber zwischen ihr und dem Hauptgeschäfte gewechselten Schriftstücke bilden einen Bestandteil ihrer eigenen Buchführung. Anderseits ist die Zweigniederlassung trotz ihrer wirtschaftlichen und rechnerischen Selbständigkeit auch dann von dem Geschäftsherrn abhängig, wenn sie, wie hier, nicht durch den Geschäftsherrn selbst, sondern durch einen Geschäftsführer betrieben wird, sei es daß sich der Geschäftsherr allgemein Geschäfte bestimmter Art vorbehält oder daß er einzelne Geschäfte der Zweigniederlassung selbst erledigt (Brendel a. a. O. S. 222, Staub Anm. 5 zu § 13 HGB.). In diesen Fällen handelt der Geschäftsherr nicht als Leiter des Hauptgeschäfts sondern als Leiter der Zweigniederlassung und die hiebei zwischen ihm und der Zweigniederlassung gewechselten Schriftstücke bilden wieder Bestandteile der Buchführung der Zweigniederlassung. Wenn daher der Vorstand der D. Bank selbst und sogar gegen den Willen des Betriebsleiters der Zweigniederlassung deren Kunden Kredit gewährt hat, so handelte er hiebei nicht für das Hauptgeschäft, sondern für die Zweigniederlassung; die hierüber zwischen ihm und dieser gewechselten Schriftstücke zählen zu den Papieren der Zweigniederlassung. Die von der Antragsgegnerin vorgeschützte Ausscheidung ist sohin sachlich unhaltbar. Sie steht aber auch im Widerspruch mit dem Sinne des Gesetzes. Der stille Gesellschafter hat nach § 338 HGB. das Recht auf Einsicht aller Bücher und Papiere des Komplementars, in denen die Verhältnisse des Geschäftes verzeichnet sind. Ohne Einsicht der vorenthaltenen Schriftstücke ist es ihm aber nicht möglich, sich über die Geschäftsverhältnisse seines Komplementars genügende Aufklärung zu verschaffen. Die Weigerung kommt sohin in ihrer Wirkung der Verweigerung der Prüfung überhaupt gleich und ist daher ein „wichtiger Grund" i. S. des § 338 Abs. 3 HGB. (Staub Anm. 6 zu § 166 HGB.). Als solcher könnte auch die ungünstige Geschäftslage im Zusammenhalte mit den bedenklichen Kreditgewährungen gelten, sie würde aber für sich allein die Anwendung des § 338 Abs. 3 nicht rechtfertigen, da in dieser Richtung die Interessen des Antragstellers durch die Ausübung des im Abs. 1 gewährten ordentlichen Prüfungsrechts genügend gewahrt werden können. (Beschl. des I. ZS. vom 31. Oktober 1913, Reg. III 54/1913). W.

3167

III.

Erbrecht des mit bestimmten einzelnen Gegenständen Bedachten. Zulässigkeit des gegenständlich beschränkten Erbscheins. Prüfungsrecht des GBA. hinsichtlich eines Erbscheins. (BGB. §§ 1922, 2032, 2087, 2369; GBO. § 36).

Der Graf B. hat in einem eigenhändigen Testamente seinen Nachlaß erschöpfend unter seine Gattin und seine Kinder so verteilt, daß er jedem bestimmte Vermögensstücke zuwendete. Das AG. betrachtete die einzelnen Bedachten hinsichtlich der ihnen zugewendeten Gegenstände als Alleinerben und stellte ihnen besondere auf die zugewendeten Gegenstände beschränkte Erbscheine aus. In dem der Witwe erteilten Erbschein ist bezeugt, daß das Anwesen Hs.-Nr. 11 auf sie übergegangen ist. Die Witwe beantragte, sie als Eigentümerin einzutragen, und legte den Erbschein vor. Das GBA. wies den Antrag zurück, weil ein beschränkter Erbschein nur in dem Sonderfalle des § 2369 BGB. zulässig sei. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Gründe: § 36 Abs. 1 Satz 1 GBO. ist nicht verletzt. Diese Vorschrift soll dem GBA. die Prüfung des Erbrechts erleichtern. Deshalb schreibt sie vor, daß der Nachweis der Erbfolge durch den Erbschein nicht bloß geführt werden kann, sondern — bei gesetzlicher Erbfolge — geführt werden muß. Sie sagt aber nicht, daß der Erbschein für das GBA. bindend ist. Eine solche Bestimmung ist zur Erreichung des Zweckes nicht erforderlich und widerspricht auch dem Wesen des Erbscheins, der nicht ein Erbrecht schafft, sondern es nur nachweist. Gibt der Inhalt des Erbscheins zu Bedenken Anlaß oder liegen Tatsachen vor, die ihn als unrichtig erscheinen lassen, so hat das GBA. die Pflicht, sich über die Rechtslage zu vergewissern. Die Entscheidungen des Kammergerichts (RJA. Bd. 10 S. 64, Bd. 12 S. 63) stehen nicht entgegen; denn dort handelte es sich um die zwischen dem GBA. und dem Nachlaßgericht streitig gewordene Auslegung eines Testaments, während hier die Erteilung eines seinem Inhalte nach unzulässigen Erbscheins in Frage steht.

Allerdings kann der Ansicht des GBA. nicht beigetreten werden, daß ein beschränkter Erbschein nur in dem Sonderfalle des § 2369 BGB. zulässig sei (vgl. den Beschluß vom 11. Februar 1913, Nr. 9/10 dieses Jahrg. der Zeitschrift S. 200). Mit Recht wurde aber das Verfahren des Nachlaßgerichts beanstandet, weil es trotz der Annahme einer Mehrheit von Erben die einzelnen Bedachten für die ihnen zugewendeten Gegenstände als allein erbberechtigt behandelt und so gegen den Begriff der Gesamtrechtsnachfolge i. S. der §§ 1922, 2032 BGB. verstoßen hat. § 2087 Abs. 2 BGB. enthält keine Ausnahme. Zwar kann der Beschwerde zugegeben werden, daß nach dieser Vorschrift auch ein Bedachter Erbe sein kann, dem nur einzelne Gegen-

stände zugewendet sind. Trifft dies aber zu, dann ist er nicht Sondernachfolger in die ihm zugewendeten Gegenstände, sondern Gesamtrechtsnachfolger i. S. der §§ 1922, 2032. (Beschl. des I. ZS. v. 17. Okt. 1913, Reg. III 88/1913). W.

3155

B. Strafsachen.

I.

Wie ist in dem Falle des § 111 StPO. zu verfahren? Wer ist der Verletzte? Einige bei mehreren Bauern gestohlene Kupferkessel wurden von den Dieben zu Platten geschlagen, an den Alteisenhändler B. verkauft, von der Gendarmerie beschlagnahmt und auf Veranlassung des Staatsanwalts beim Landgerichte verwahrt. Die Diebe wurden verurteilt, der als Helfer angeklagte B. freigesprochen. Weder die Urteilsformel noch das Protokoll über die Hauptverhandlung enthält eine Entscheidung über die Hinausgabe des Kupfers (§§ 273, 274 StPO.); nur in den Gründen ist ausgeführt: „Bezüglich des beschlagnahmten Kupfers hat der Staatsanwalt die Einziehung, der Angeklagte B. die Hinausgabe an ihn verlangt. Beides ist nicht angemessen. § 40 StGB. trifft nicht zu; dagegen ist gemäß § 111 StPO. dieses gestohlene Kupfer, an welchem B. gemäß §§ 932, 935 BGB. kein Eigentum erlangt hat, den Bestohlenen von Amts wegen hinauszugeben, ohne daß es einer Verfügung bedarf." Der Staatsanwalt ließ das Kupfer an die Gendarmerie zur Hinausgabe an die Bestohlenen schicken. Auf deren Bericht, daß das zur Unkenntlichkeit zerschlagene Kupfer von den Bestohlenen wohl nicht wieder erkannt werden würde, stellte der Staatsanwalt an die Strafkammer den Antrag, daß über das Kupfer Verfügung getroffen werde, und schlug vor, das Kupfer als Fundgegenstand zu behandeln (JMBl. 1899 S. 585). Die Strafkammer lehnte ab, weil nicht sie, sondern der Staatsanwalt zuständig sei, abgesehen hievon die Meinung der Gendarmerie unbegründet sei. Der Beschluß der Strafkammer wurde auf die Beschwerde des Staatsanwalts aufgehoben; sie wurde angewiesen, über die Hinausgabe des Kupfers nach § 111 StPO. beschlußmäßig zu entscheiden und den Beschluß den davon betroffenen Personen (§ 111 Abs. 2 und § 35 Abs. 2 StPO.) durch Zustellung (§ 36 StPO.) bekannt machen zu lassen.

Aus den Gründen: Die Strafkammer hatte und hat über die Hinausgabe des in ihre Verfügungsgewalt gekommenen Kupfers durch förmlichen Beschluß zu entscheiden (Löwe, Note 6 zu § 111 StPO.; JMBl. 1880 S. 473; ObLGSt. Bd. 3 S. 141, Bd. 5 S. 405). Ein solcher Beschluß liegt nicht vor, es entbehren deshalb die nach der Verkündung des Urteils von dem Staatsanwalt getroffenen Verfügungen, seine Anträge und die hierauf ergangenen Beschlüsse der Strafkammer der rechtlichen Grundlage; die Beschlüsse waren als nichtig aufzuheben (§ 351 StPO.). Bei der Beschlußfassung wird die Strafkammer folgendes zu erwägen haben: Die nach § 111 StPO. zulässige, richterliche Verfügung, „ist eine vorläufig den Besitzstand regelnde Entscheidung". Die endgültige Regelung der Eigentums- oder sonstigen Rechte an den verwahrten Gegenständen bleibt bei dem Mangel einer gütlichen Einigung dem Zivilverfahren überlassen. Die bei einem Dritten in Beschlag genommenen Gegenstände können nur mit dessen ausdrücklicher Einwilligung dem Verletzten ausgeantwortet werden, andernfalls müssen sie dem Dritten zurückgegeben werden. B. hat durch die Freisprechung aufgehört, Beschuldigter zu sein; er ist von da ab der Dritte, bei dem das Kupfer beschlagnahmt worden ist. Als Käufer des — wenn auch gestohlenen — Kupfers ist er dessen Besitzer geworden (§§ 854, 1006 BGB.). Das Kupfer könnte demnach nur mit Zustimmung des B. an die Bestohlenen als die Verletzten hinausgegeben werden. In dem Antrage des B. auf Hinausgabe des Kupfers an ihn ist sein Widerspruch gegen die Hinausgabe an die Bestohlenen enthalten; das Kupfer ist mithin an B. hinauszugeben, weil bei ihm als Besitzer das Kupfer beschlagnahmt worden war. Schließt sich das LG. diesen Erwägungen an, so wird es demgemäß beschließen; es wird dann dafür zu sorgen sein, daß der Beschluß den Beteiligten, wozu außer den Verurteilten und dem B. auch die Bestohlenen gehören werden, auf dem Wege des § 36 StPO. zugestellt und vollstreckt wird; der Strafkammer bleibt unbenommen, den beteiligten Bestohlenen eine Frist zur Beibringung des Nachweises der die Rückgabe an B. hindernden Verfügung des Zivilrichters beizubringen (Löwe, Note 3 zu § 111 StPO.). Durch einen solchen Beschluß bleiben nach dem Abs. 2 des § 111 die Ansprüche der Bestohlenen auf das Kupfer unberührt; hierüber haben sie sich mit B. auseinanderzusetzen; der Strafkammer ist ein Eingriff in die Besitzrechte des B. nicht gestattet. (Beschl. v. 6. Oktober 1913, Beschw.-Reg. Nr. 824/1913). Ed.

3176

II.

Unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zeitpunkt ist der Beschluß über Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft zu fassen? Gegen den verhafteten Angeklagten war das Hauptverfahren wegen eines Verbrechens des Diebstahls eröffnet. Die Strafkammer nahm nur ein Vergehen nach § 248a StGB. an, stellte mangels Strafantrags das Verfahren ein und hob den Haftbefehl auf. Der Staatsanwalt legte die Revision ein; er stellte an den Vorsitzenden der Strafkammer den Antrag, daß über die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung des Angeklagten für unschuldig erlittene Untersuchungshaft Beschluß gefaßt werde. Der Vorsitzende lehnte ab, weil das Urteil noch nicht rechtskräftig sei. Die Strafkammer, der der Staatsanwalt seinen Antrag zur Verbescheidung vorlegte, erließ folgenden Beschluß: „Die Verfügung des Vorsitzenden wird bestätigt, weil auf die Revision des Staatsanwalts gegen das Urteil vom 13. September 1913 dieses Erkenntnis aufgehoben werden und eine andere Entscheidung in der Sache ergehen könnte und damit ein Beschluß über Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft gegenstandslos wäre." Der Staatsanwalt legte gegen den Beschluß die Beschwerde ein. Sie wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Nach dem klaren Wortlaute des § 4 Abs. 1 des Ges. vom 14. Juli 1904, betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, wornach „über die Verpflichtung der Staatskasse zur Entschädigung von dem Gerichte gleichzeitig mit seinem den Verhafteten freisprechenden Urteile durch besonderen Beschluß Bestimmung zu treffen ist", war einerseits der Vorsitzende zur Verbescheidung nicht zuständig, anderseits die Anschauung der Strafkammer unzutreffend. Sind die Voraussetzungen zur Erlassung eines Beschlusses nach § 4 gegeben, so hat das Gericht, das den Verhafteten freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt hat, gleichzeitig mit dem Urteil oder dem Beschlusse, d. i. in unmittelbarem Anschluß an das Urteil oder den Beschluß — bei dem Urteile noch vor dessen Verkündigung — durch besonderen Beschluß darüber Bestimmung zu treffen, ob die Staatskasse zur Entschädigung verpflichtet ist oder nicht. Der Zweck der gesetzlichen Vorschrift springt in die Augen. Das Gericht, das über die Straftat des Verhafteten sei es durch Urteil, sei es durch Beschluß, entschieden hat, kann allein auf Grund des unmittelbaren Eindrucks der Hauptverhandlung oder des vorgetragenen Prozeßstoffes sachgemäß entscheiden; durch die gesetzliche Vorschrift wird auch verhütet, daß in einem späteren Zeitpunkte das Gericht nicht mehr mit den Richtern besetzt werden kann, die den Verhafteten freigesprochen oder

außer Verfolgung gesetzt haben. Daraus folgt auch, daß in unzulässiger Weise der Beschluß der Strafkammer nicht von den fünf Richtern erlassen worden ist, die das Urteil gefällt haben, sondern von drei Richtern, unter denen sich zwei Richter befinden, die bei dem Urteile nicht mitgewirkt haben (Burlage, Die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, Anm. 11 zu § 4 Abs. 1 und 4 des Ges. S. 81). Abgesehen davon kann die Strafkammer vor und bei der Verkündung des Urteils in der Regel gar nicht wissen, ob die Revision eingelegt wird.

Der Antrag des Staatsanwalts muß aber aus einem anderen von der Strafkammer nicht beachteten Grunde zurückgewiesen werden. Nach § 1 Abs. 1 des Ges. kann der Verhaftete Entschädigung aus der Staatskasse verlangen, wenn er freigesprochen oder durch Beschluß außer Verfolgung gesetzt ist und das Strafverfahren seine Unschuld ergeben oder dargetan hat, daß gegen ihn kein begründeter Verdacht vorliegt. Nach der Begründung des Entwurfs (Verh. des Reichstags 1903/04 2. Anlageband, Aktenstück 202) entsteht in den Fällen des § 259 Abs. 2 StPO., in denen zwar eine strafwürdige Tat festgestellt, die Strafverfolgung aber wegen mangelnden Strafantrags ausgeschlossen oder mit anderen Worten: der Verhaftete nicht freigesprochen oder nicht außer Verfolgung gesetzt ist, überhaupt kein Entschädigungsanspruch. Fehlt demnach ein freisprechendes Urteil oder ein den Verhafteten außer Verfolgung setzender Beschluß, so besteht auch kein Anlaß zu einem Beschlusse nach § 4 Abs. 1 und 4 (Burlage, Anm. 19 S. 36 und Anm. 2 S. 78). Die Strafkammer hätte deshalb den Antrag des Staatsanwalts zurückweisen sollen, weil der Angeklagte nicht freigesprochen worden war. (Beschl. v. 4. Nov. 1913, Beschw.-Reg. Nr. 833/1913).

3177 Ed.

III.

Unterschied zwischen § 367 Nr. 15 StGB. und Art. 101 PStGB.; was versteht man unter heizbarem Zimmer i. S. der Bauordnung? Der Angeklagte ließ in G. ein einstöckiges Wohnhaus erbauen. Das Bezirksamt genehmigte das Baugesuch unter Hinweis auf die im Plane vermerkte Revisionserinnerung: „Ueber dem Kehlgebälk im Speicherraum sind heizbare Lokale untersagt (§ 34 Abs. III BauO.)." Der Angeklagte wurde wegen einer Uebertretung nach § 367 Nr. 15 StGB. verurteilt, weil er im Speicherraum seines Wohnhauses ein heizbares Lokal ohne baupolizeiliche Genehmigung und mit eigenmächtiger Abweichung vom Bauplan habe herstellen lassen. Seine Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Bei Genehmigung der Baugesuche sollen die besonderen Anordnungen nach § 71 BauO. deutlich in die Pläne eingezeichnet und durch ausdrückliche Aufnahme in die Ausfertigung der Genehmigung dem Bauunternehmer kundgegeben werden. Unzulässig sind Einzelanordnungen, die in keiner gesetzlichen Bestimmung ihre Grundlage haben. Hierüber steht dem Strafrichter ein Prüfungsrecht zu, wie sich aus Art. 15 PStGB. und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt (vgl. ObLGSt. Bd. 10 S. 333 und Bd. 11 S. 99). Die in der BauO. selbst enthaltenen Vorschriften sind ohne besondere Kundgabe verbindlich und bei Strafe zu befolgen. Gewisse Bestimmungen der BauO. enthalten zwingendes Recht und zu diesen gehört § 34 Abs. 3, nach dem die Herstellung von Dachwohnungen oder einzelnen heizbaren Räumen über dem Kehlgebälk untersagt ist. Von der Einhaltung dieser Vorschrift kann nur die Kreisregierung bei ganz besonderen Verhältnissen nach § 65 Abs. 2 BauO. befreien. Deshalb ist der Bauunternehmer an sich verpflichtet, die Vorschrift des § 34 Abs. 3 BauO. zu befolgen; insoweit hat ihm also die Distriktspolizeibehörde nur eine sich aus der BauO. selbst ergebende rechtlich bedeutungslose Verpflichtung auferlegt. Da keine eigenmächtige Abweichung von dem genehmigten Bauplane vorliegt, ist nicht eine Uebertretung nach § 367 Nr. 15 StGB., sondern der Tatbestand des Art. 101 PStGB. gegeben, weil eine Verfehlung gegen § 34 Abs. 3 der BauO. vorliegt.

Was unter einem heizbaren Raume zu verstehen sei, erläutert die BauO. nicht. Die Auffassung, daß ein heizbarer Raum nur ein wirklich mit Heizvorrichtungen versehener Raum sei, ist zu enge und wird den Verhältnissen nicht gerecht. Es muß vielmehr genügen, wenn der Berechtigte einen Raum dazu bestimmt, geheizt zu werden, und wenn er gleichzeitig bauliche Veranstaltungen trifft, die den Raum zu diesem Zweck geeignet machen. In dieser Hinsicht ist festgestellt, daß der Angeklagte das Dachzimmer in Schwemmsteinmauerwerk einbauen und in dem durch das Zimmer aufwärts führenden Kamin eine Oeffnung für einen später anzuschließenden Ofen anbringen ließ, so daß also die Heizungsanlage jederzeit hergestellt und in Betrieb gesetzt werden konnte. Diese Feststellung rechtfertigt den Schluß, daß ein heizbarer Raum hergestellt wurde. (Urt. v. 4. Nov. 1913, Rev.-Reg. Nr. 468/1913).

3175 Ed

Landgericht Eichstätt.

Kann im Mahnverfahren der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut geltend gemacht werden? Ein Gesuch um Zahlungsbefehl, gerichtet gegen einen Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut (§ 739 ZPO.), wurde kostenfällig zurückgewiesen, weil ein solcher Anspruch nicht im Mahnverfahren verfolgt werden könne. Da die Entscheidung in der Hauptsache gemäß § 691 Abs. III ZPO. nicht angefochten werden konnte, so blieb nur die Möglichkeit, den Kostenausspruch der Verfügung wegen unrichtiger Entscheidung in der Hauptsache (§ 6 GKG.) zu beseitigen. Eine Erinnerung mit dem Antrage auf Niederschlagung der Kosten (§ 4 Abs. I GKG.) blieb erfolglos. Auf Beschwerde gemäß § 4 Abs. II GKG. wurden die Kosten wegen unrichtiger Behandlung der Sache (§ 6 GKG.) niedergeschlagen und hiebei über die Zulässigkeit des Mahnverfahrens ausgeführt:

„Nach dem Wortlaute des § 688 ZPO. muß allerdings an sich der den Gegenstand des Zahlungsbefehls bildende Anspruch wie beim Urkundenprozesse auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen gerichtet sein; Ansprüche auf Leistung anderer Gegenstände oder auf ein Tun oder Nichttun irgendwelcher Art eignen sich nicht für das Mahnverfahren. Hievon macht jedoch das Gesetz in dem durch die Novelle von 1898 eingefügten Satz 2 eine Ausnahme zugunsten der Ansprüche auf Kapital, Zinsen und Nebenleistungen aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld i. S. der §§ 1113, 1147, 1191 und 1199 BGB. Die Gründe, die zu dieser Ausnahme führten, treffen auch zu, wenn nur die Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau begehrt wird. Denn dieser Anspruch ist nur eine Ergänzung des gegen die Ehefrau erhobenen Hauptanspruchs; ohne ihn könnte der Hauptanspruch selbst keinen vollen Erfolg haben. Daraus ergibt sich die Zulässigkeit des Mahnverfahrens, wie auch des Urkunden- und Wechselprozesses für den Anspruch gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau, sofern sich nur der Hauptanspruch zum Mahnverfahren eignet."[1]) (Beschl. v. 26. Sept. 1913).

3178 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Buff in München.

[1]) Uebereinstimmend: Seuffert, ZPO. 11. Aufl. Bem. 26 a zu § 739 ZPO.

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte.

Rechtliche Eigenschaft einer Fährgerechtigkeit und der dem Berechtigten gebührenden Reichnisse. Zuständigkeit der Gerichte, wenn über die Reichnispflicht gestritten wird. Die Ortschaft und die Kirchenstiftung B. üben gemeinschaftlich das Recht der Ueberfahrt über den Main aus; die Ortschaft hat einen Anteil von ²/₃, die Kirchenstiftung einen Anteil von ¹/₃. Nach der Behauptung der Fahrtunternehmer haben die Bewohner der Ortschaften B., U., S. und T. das Recht auf freie Ueberfahrt, aber als Entgelt ein jährliches nach den Besitzverhältnissen abgestuftes Korn- oder Geldreichnis zu entrichten. Die Verpflichtung ruhe als deutschrechtliche Reallast auf der Ortsmarkung der einzelnen Ortschaften und erstrecke sich auf alle Ortsbewohner mit oder ohne Grundbesitz. Als einige Einwohner von S. die Reichnisse nicht mehr entrichteten, wurde bei ihnen auf Grund eines von der Gemeindeverwaltung B. für vollstreckbar erklärten Ausstandsverzeichnisses gepfändet. Die Schuldner erhoben Einwendungen zum Bezirksamt. Dieses erklärte sich für unzuständig. Später erhoben die Ortschaft und die Kirchenstiftung B. gegen die säumigen Schuldner Klage auf Leistung der rückständigen Reichnisse. Das AG. gab ihr statt, das LG. wies sie ab, weil das zugrundeliegende Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich sei und über die Abgabenpflicht die Verwaltungsbehörden zu entscheiden hätten. Der Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, den die Ortschaft und die Kirchenstiftung B. angingen, erklärte die Gerichte für zuständig.

Aus den Gründen: Die Ansprüche gehören dem bürgerlichen Rechte an, wenn der Tatbestand, aus dem sie abgeleitet werden, nach der Darlegung der Kläger geeignet ist, ein bürgerlich-rechtliches Verhältnis zu bilden. Das trifft hier zu. Die Antragsteller behaupten nicht, daß sie den Fährbetrieb in ihrer Eigenschaft als Kirchenstiftung und als Ortschaft auf Grund eines öffentlichen Rechts ausüben: das wäre auch bei der Kirchenstiftung nach dem bayerischen Verwaltungsrechte geradezu ausgeschlossen. Sie stützen sich auf ein Recht, das sie als Träger bürgerlich-rechtlicher Vermögensrechte von Privatpersonen erworben haben wollen, das also schon vor dem Erwerb Gegenstand des bürgerlichen Rechtsverkehrs gewesen sein soll. Hiernach behaupten die Antragsteller den Tatbestand eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses. Dieser Annahme stehen rechtliche Bedenken nicht entgegen. Zwar ist der Main ein öffentlicher Fluß und gehören nach gemeinem deutschen Rechte die Fährgerechtigkeiten auf den öffentlichen Flüssen zu den niederen Regalien. Diese wurden aber nicht als unveräußerliche staatliche Hoheitsrechte sondern als fiskalische Rechte angesehen, die durch Uebertragung an Private Gegenstand eines bürgerlichen Rechtes werden konnten (vgl. JW. 1910 S. 616 Nr. 7, BGH. Bd. 13 S. 65, SeuffBl. Bd. 59 S. 409, Bd. 64 S. 453).

Hat sohin das von den Antragstellern behauptete Rechtsverhältnis nach ihrer Darlegung als ein bürgerlich-rechtliches Verhältnis zu gelten, so erfaßt dieses begriffsmäßig auch die Regelung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten zueinander und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Ob die Kläger auf Grund der nach ihrem Vorbringen auf der Ortsmarkung ruhenden Reallast das Recht haben, von sämtlichen Ortsbewohnern mit oder ohne Grundbesitz die Fährabgabe zu verlangen, ist eine Frage, die zum Grunde der Sache gehört und für den Erfolg, nicht aber für die Zulässigkeit der Klage von Bedeutung ist. Zu Unrecht folgert daher das LG. aus der Tatsache, daß die Kläger die Abgabe auch von Personen forderten, die keinen Grundbesitz haben, die Pflicht zur Leistung der Reichnisse beruhte auf dem Gemeindeverbande. Kommt das LG. zu der Auffassung, daß die Ansprüche ganz oder teilweise rechtlich nicht begründet sind, die von den Antragstellern aus dem von ihnen behaupteten bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnis abgeleitet werden, so sind sie eben insoweit als unbegründet abzuweisen. Uebrigens geht das LG. schon deshalb fehl, weil es nicht das ganze Forderungsverhältnis sondern nur die Seite des Schuldners betrachtet. Die öffentlich-rechtliche Pflicht des Schuldners setzt aber die öffentlich-rechtliche Berechtigung des Gläubigers voraus. Zwischen der Kirchenstiftung und der Ortschaft B. einerseits und der Ortschaft S. anderseits besteht aber kein öffentlich-rechtlicher Verband, der das Schuld- und Forderungsverhältnis herstellen könnte. Die Klaganspüche könnten sohin in keinem Falle aus dem Gemeindeverbande hergeleitet werden (Urt. vom 26. November 1913).

3181 — — — n.

Bücheranzeigen.

Güthe, Dr. Georg, Kammergerichtsrat. Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen. 1./2. Band. XLV, 2012 Seiten. Berlin 1913, Franz Vahlen. Geh. Mk. 46.—; geb. Mk. 52.—.

Wie es Menschen gibt, die beim Eintritt in das schaffende Leben keiner Führung und keiner Empfehlung bedürfen, ohne Stütze sich einen Platz an der Sonne verschaffen und hier von Stufe zu Stufe steigen, so gibt es auch Bücher, die nach dem ersten Erscheinen allgemein ohne weiteres als vollwertig erkannt und gewürdigt werden und den Markt beherrschen. Zu diesen Büchern zählt Güthe's Kommentar, der schon in seiner 1. Auflage im Jahre 1905 die Führung in der grundbuchrechtlichen Literatur übernommen und in nicht ganz acht Jahren die 3. Auflage erlebt hat. Das Buch ruht auf einer gediegenen wissenschaftlichen Unterlage, ist aber auch auf einem reichen Schatze praktischen Erfahrungen aufgebaut und läßt keinen Zweifel darüber, daß sein Verfasser, der inzwischen vom Amtsrichter zum Kammergerichtsrat und von hier zum vortragenden Rat im Preußischen Justizministerium vorgerückt ist, ein ausgezeichneter Kenner des Grundbuchrechts ist, aber auch ein ausgezeichneter Grundbuchrichter war, der gerade diesem Zweige seiner dienstlichen Tätigkeit nicht nur mit pflichtgemäßem Interesse, sondern mit einem warm empfindenden Herzen gegenüberstand.

Das Buch berücksichtigt zunächst nur preußische Verhältnisse, ist jedoch schon längst im ganzen Reichsgebiet im Gebrauch und erfreut sich namentlich auch bei uns in Bayern außergewöhnlicher Beliebtheit. An den eigentlichen Kommentar zur Grundbuchordnung schließt sich ein vortrefflicher Kommentar zum preuß. Ausführungsgesetz z. GBO. an, darauf folgen ministerielle Vorschriften und schließlich ein „alphabetisches Verzeichnis der Legitimationsfragen nebst einer Uebersicht über die dinglichen Rechte". In diesem Schlußabschnitte sind die dem Grundbuchrichter häufig entgegentretenden Fragen nach der Rechtsfähigkeit, der Geschäftsfähigkeit, der Vertretungsbefugnis und der Verfügungsberechtigung alphabetisch umfassend und erschöpfend dargestellt. Außerdem sind kleinere oder größere Abhandlungen über die einzelnen dinglichen Rechte eingefügt, die über den neuesten Stand der Rechtsprechung und der Literatur zuverlässig Aufschluß geben und nach Inhalt und Form geradezu Meisterstücke sind.

Es kann selbstverständlich im Rahmen dieser Besprechung auf den Inhalt des Buches in sachlicher Hinsicht nicht näher eingegangen werden; nur über eine Frage kann ich nicht mit Stillschweigen hinweggehen. In Nr. 13 S. 117 des laufenden Jahrgangs dieser Zeitschrift habe ich die von Güthe in der 2. Auflage seines Kommentars zu § 3 GBO. vertretene, nun in der 3. Auf-

lage in Anmerkung 21 wiederkehrende Ansicht bekämpft, daß für Miteigentumsanteile ein Grundbuchblatt nicht angelegt werden dürfe und daß es auch unzulässig sei, Miteigentumsanteile einem Grundstück als Bestandteile zuzuschreiben. Zu meinem lebhaften Bedauern konnte Güthe meine Gründe in der neuen Auflage seines Kommentars nicht mehr würdigen; meine Ausführungen sind nur in dem Nachtrag erwähnt. Ich will aber die Hoffnung nicht aufgeben, daß Güthe in der nächsten Auflage seine Ansicht revidiert und schließlich der von uns in Bayern allgemein, insbesondere auch in unserer Dienstanweisung vertretenen Ansicht, der sich notgedrungen nun auch die Württembergische Justizverwaltung angeschlossen hat, endgültig zum Siege verhilft.

Ministerialrat H. Schmitt im Justizministerium zu München.

Alsberg, Dr. Max, Rechtsanwalt in Berlin, Justizirrtum und Wiederaufnahme. Berlin 1913, Dr. P. Langenscheidt. Brosch. Mk. 9.—.

Alsberg ist nicht der erste, der die Irrtumsgefahren und Fehlerquellen strafrichterlicher Urteilsfindung beleuchtet. Vor zwei Jahren hat Justizrat Sello seine „Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen" veröffentlicht. Beide Werke unterscheiden sich aber in der Hauptsache darin, daß Sello vornehmlich den kriminalpsychologischen und Alsberg den prozeßtechnischen Fehlerquellen nachgeht. Was Alsberg hier bietet, ist gewiß nicht neu; aber in so überzeugender Anschaulichkeit ist bisher die Ueberspannung an sich berechtigter Prozeßgrundsätze nicht dargetan worden. Das gilt vor allem für den Grundsatz der Mündlichkeit des Verfahrens mit der Konzentration der Hauptverhandlung und ihren nur beschränkt nachprüfbaren Zufallsergebnissen. Allerdings hält sich Verfasser nicht immer von der Einseitigkeit und Uebertreibung frei, in die Verteidiger vermöge ihrer Parteistellungnahme gewöhnlich verfallen; das ist namentlich insofern nicht unbedenklich, als Laien, an die er sich ebenfalls wendet, leicht zu falschen Schlüssen gelangen. Bei seinen Ausführungen könnte man z. B. fast meinen, als ob bei uns Tag für Tag so und so viele Unschuldige der Justiz zum Opfer fallen. Die Verurteilung eines einzigen wirklich Unschuldigen ist freilich schon ein überaus bedauernswertes Ereignis; eine solche Verurteilung ist aber doch glücklicherweise bei uns eine Seltenheit, am ehesten noch bei den sog. Volksrichtern, insbes. beim Schwurgericht in seiner dermaligen Verfassung, möglich. Die Vorwürfe des Verfassers gegen die Strafverfolgungsbehörden halte ich in ihrer Allgemeinheit nicht für berechtigt, so tadelnswert auch das Verhalten vieler Staatsanwälte ist, die im Beschuldigten schon den Schuldigen erblicken, tunlichst den für den Beschuldigten ungünstigsten Standpunkt einnehmen und alle zweifelhaften Fälle lieber vor den Richter bringen, statt das Verfahren (nach dem auch für den Staatsanwalt geltenden Satz in dubio pro reo) unter eigener Verantwortung pflichtgemäß einzustellen. Auf diese Weise hat die Rechtsprechung manchen strafgesetzlichen Bestimmungen allmählich eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Wirkung beigelegt. Schließlich darf ich nicht verschweigen, daß ich bezüglich der von den damit befaßt gewesenen Verteidigern ausführlich mitgeteilten Fälle von Verurteilung Unschuldiger den Eindruck habe, als ob die Schilderung bisweilen nicht ganz sachlich und aktenmäßig sei. All das hindert mich aber nicht, die Vorzüge des Alsbergschen Buches und seines Strebens nach Befreiung der Wiederaufnahme von den ihr auferlegten Fesseln anzuerkennen (vgl. auch Recht 1913 S. 306); wer etwas erreichen und durchsetzen will, muß unter Umständen gelegentlich übertreiben. Der Verteidiger Alsberg ist hier zum Ankläger unseres heutigen Strafprozesses geworden, und Ankläger halten sich auch nicht immer von Uebertreibungen und Einseitigkeiten frei.

Im übrigen verweise ich auf meine Besprechung des Buches in der Zeitschr. f. Kolonialrecht 1913 S. 292 f. und die Tatsache, daß im Kolonialprozeß manche der Alsbergschen Forderungen längst verwirklicht sind.

München. Dr. Doerr.

Haaß, Dr. Fr., Weltpostverein und Einheitsporto (Welt-Pennyporto). VIII, 174 S. mit 4 Tabellen und 1 Titelbild. Stuttgart 1913, W. Kohlhammer. Mk. 3.—; geb. Mk. 4.—.

Der Verfasser behandelt in den ersten zwei Teilen die Geschichte und die Aufgaben des Weltpostvereins und die Entwicklung des Briefpostportos in Deutschland. Im dritten Teil versucht er die Notwendigkeit und Nützlichkeit des Weltpennyportos darzulegen, also der Ermäßigung des Auslandsbriefportos auf 10 Pfennig. Diese Frage hat schon vor Jahren in erschöpfender Weise Arved Jürgensohn behandelt (Weltportoreform, das nahende Weltpennyporto in neuer Beleuchtung, Berlin 1909/10). Haaß führt als Gründe für die Ermäßigung an, daß die Finanzen fast aller Weltpostvereinsländer (soll heißen: aller Verwaltungen der Weltpostvereinsländer) „glänzend" seien und daß die hohen Einnahmen der Postverwaltungen hauptsächlich von der Briefpost herrührten, also auch wieder teilweise für die „Briefschreiber" verwendet werden sollten. Zu gleicher Zeit befürwortet der Verfasser, ein Württembergischer Postbeamter, „zum Ausgleich für etwaige Abmängel" eine Erhöhung des Paketposttarifes, sowie der Gebühren für Telegramme und Zeitungen. Denn diese Geschäftszweige seien unrentabel. Der Verfasser übersieht da vor allem, daß das Briefpostporto doch nur zum geringsten Teil für Briefe ins Ausland gezahlt wird, daß also die Leute, die durch die Erhöhung der Tarife für Paketpost usw. geschädigt werden, nur zum kleinsten Teil durch die Auslandsportoermäßigung schadlos gehalten werden. Im übrigen wird eine derartige Ermäßigung des Auslandsportos für längere Zeit bei allen Postverwaltungen Mehrausgaben und Mindereinnahmen von Millionen zur Folge haben. Denn die zweifellos sofort einsetzende Steigerung des Verkehrs wird zunächst erhebliche Ausgaben für Personal, für Transitgebühren erfordern, während sich ein Ausgleich durch erhöhte Einnahmen erst im Laufe der Jahre einstellt. So hat die englische Postverwaltung infolge des im Jahre 1908/9 eingeführten Pennyportos im Verkehre mit Nordamerika heute noch einen jährlichen Ausfall von 123 000 Pfd. Sterl. Die Reichspostverwaltung wird daher schwerlich auf dem nächsten Weltpostkongreß die Einführung des Weltpennyportos beantragen oder begutachten, wie der Verfasser hofft. Dabei soll nicht bestritten werden, daß die Gebühren der deutschen Postverwaltungen in verschiedener Richtung einer Nachprüfung bedürfen und daß das 10 Pfennig-Weltporto im Laufe der Zeiten kommen wird.

In der Anmerkung auf Seite 68/69 ist gesagt, daß in Frankreich nach dem Gesetze vom 5. nivôse an. V die Haftpflicht der Postverwaltung für einen gewöhnlichen Brief nur in dem Falle ausgeschlossen sei, daß der Verlust oder die Beschädigung „ohne Absicht" erfolgt sei. Dies ist unrichtig. Keine Postverwaltung des Weltpostvereins haftet für Verlust oder Beschädigung eines gewöhnlichen Briefes.

Regensburg. Oberpostinspektor Korzendorfer.

Helmolts Weltgeschichte. Zweite, neu bearbeitete und vermehrte Auflage, herausgegeben von Dr. Armin Tille. Mit etwa 1000 Abbildungen im Text, 400 Tafeln in Farbendruck, Aetzung und Holzschnitt sowie 100 Karten. Verlag des Bibliographischen Institutes Leipzig. 10 Bände in Halbleder gebunden zu je Mk. 12.50.

Wenn auch heute dem Juristen mit Recht die wirtschaftlichen Vorgänge der Gegenwart das Wichtigste

sind, so darf er doch sich dadurch nicht abhalten lassen, allenthalben die geschichtliche Entwicklung festzustellen. Es ist nötig, das zu betonen. Darum darf auch dem Juristen, der auf der Höhe bleiben und sich den Ueberblick bewahren will, das Studium der oben angeführten neuen Auflage von Helmolts Weltgeschichte empfohlen werden. Denn die Besonderheit dieser, nebenbei bemerkt, auch in einer englischen Ausgabe und russischen Uebersetzung verbreiteten Weltgeschichte besteht darin, daß sie sich nicht mit der sonst üblichen historischen Darlegung von Geschehnissen vom europäozentrischen Standpunkt aus begnügt, sondern auf den Spuren von J. G. Eichhorn, Karl Ritter und vor allem Friedrich Ratzel die geographische Anordnung und die ethnogeographische Betrachtungsweise wählt. Helmolt verwertete die geographische Anordnung nicht bloß in der Schilderung von Volksgeschichten, sondern auch in der Kennzeichnung von Kulturkreisen und überhaupt von wechselseitiger Beeinflussung der Völker. Darum beschränkt sich seine Weltgeschichte nicht auf die sog. Kulturvölker; sie ergreift auch die auf relativ niedriger Stufe stehen gebliebenen Völker, die untergegangenen wie die heute noch vorhandenen. So ist die Weltgeschichte eine auf Geographie und Ethnographie aufgebaute Kulturgeschichte.

Danach genügt es wohl, noch zu erwähnen: der 1. Band der neuen Auflage bietet nach einem Ueberblick über die Geschichte der Weltgeschichtsschreibung von dem neuen Herausgeber Dr. Armin Tille eine mit Freuden zu begrüßende Urgeschichte der Menschheit von dem Münchener Geheimrat Dr. Johannes Ranke und sodann aus der Feder der berufensten Sachkenner, jedoch aus dem oben entwickelten einheitlichen Geiste nach annähernd gleichen, formell bestimmten Grundsätzen, eine bis zur Neuzeit fortgeführte Geschichte der ostasiatischen Reiche, einschließlich Hochasiens und Sibiriens und Indoasiens, und endlich einen Ueberblick über die geschichtliche Bedeutung des indischen Ozeans.

Jena. Rechtsanwalt Dr. Böckel.

Schaefer, Dr. H., Allgemeine gerichtliche Psychiatrie für Juristen, Mediziner, Pädagogen. Zweite, vermehrte Auflage. 271 S. Berlin 1914, Ernst Hofmann & Co. Mk. 3.—.

Von dem im Jahrgang 1910 S. 222f. dieser Zeitschrift und in KritVJSchr. für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 50 S. 170f. besprochenen Buch ist soeben die in der Hauptsache, auch in der Anordnung und Behandlung des Stoffes unverändert gebliebene Neuauflage erschienen. Hinzugekommen sind bloß die Abschnitte über Halbwachzustand und pathologische Rauschzustände (S. 154ff., 167ff.), wodurch der Umfang des Buches, das leider immer noch des Sachregisters entbehrt, um 15 Seiten gewachsen ist. Einer dritten Auflage wäre eine sorgfältigere Durchsicht zu wünschen. S. 265 ist das Datum 28. Juli 1908 richtig zu stellen.

München. Dr. Doerr.

Foerster, Fr. W., Professor der Pädagogik an der Universität Wien (künftig in München), Strafe und Erziehung. Vortrag, gehalten auf dem Dritten deutschen Jugendgerichtstag in Frankfurt a. M. Zweiter, unveränderter Abdruck. 41 S. München 1913, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

Die Schrift ist der im wesentlichen unveränderte Abdruck des vom Verfasser auf dem Jugendgerichtstage zu Frankfurt a. M. im Oktober 1912 gehaltenen Referats. Da das pädagogisch-juristische Thema weite Kreise beschäftigt, will sie Verfasser auf gefährliche Einseitigkeiten und Unzulänglichkeiten in der neueren Praxis gegenüber jugendlichen Delinquenten aufmerksam machen. Seine Grundanschauungen hat er in seinem Buche „Schuld und Sühne" (vgl. Jahrg. 1911 S. 490f. dieser Zeitschrift) dargelegt. Der Vortrag ist jedoch keine bloße Wiederholung jener Darlegungen, sondern enthält eine Reihe neuer Argumente, insbesondere gegen das moderne Schlagwort: „Erziehung statt Strafe", gegen die grundsätzliche Bewilligung einer Bewährungsfrist nach dem ersten Delikt und für die Einrichtung besonderer Jugendgefängnisse und einer ernsthaften Arbeitstherapie ꝛc. Die nachsichtige, laxe Behandlung des ersten Straffalles hat das charakteristische Wort geprägt, daß ein Delikt straffrei sei, und die Scheu vor dem ersten Delikt, den wirksamsten prophylaktischen Faktor, vielfach zerstört (S. 16 f.). Mit Recht wendet sich Verfasser auch gegen die gedankenlose Idee des „unbestimmten Strafurteils" als Beispiel verwirrender Vermischung von Straf- und Erziehungsprinzip (S. 23ff.). „Der Jugend imponiert nur die strenge und präzise Gerechtigkeit — im unbestimmten Strafurteil würde sich ihr ethisches Empfinden gar nicht zu orientieren wissen" (S. 26). S. 39ff. sind die zu dem Vortrag aufgestellten Leitsätze abgedruckt, die einen raschen Ueberblick über seinen in einer kurzen Besprechung kaum anzudeutenden Gedankenreichtum gewähren.

München. Dr. Doerr.

Simon, Dr. F., Die Schadensersatzansprüche bei Körperverletzung und Tötung im Zweikampf. Heft IV der von Kisch herausgegebenen Zivilrechtlichen und prozeßrechtlichen Abhandlungen. XI u. 73 S. Straßburg 1913, Verlag von Karl J. Trübner. Mk. 2.—.

Die Schrift, eine Straßburger Doktorarbeit, behandelt dasselbe Thema, das vor ihr Gröber zum Gegenstande seiner gleichnamigen Dissertation (Erlangen 1907) gemacht hat, bringt aber mehr als diese in die Tiefe. Dr.

Reichel, Hans, Professor an der Universität Zürich, Die Mäklerprovision. X u. 279 S. München 1913, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Mk. 8.—.

Verfasser behandelt in überaus gründlicher Weise die Voraussetzungen für den Anspruch des Mäklers auf Provision und damit, über das im Titel des Buches bezeichnete eigentliche Thema hinausgehend, den Mäklervertrag überhaupt. Das deutsche Recht steht zwar im Mittelpunkte der Betrachtung; aber auch das österreichische und schweizerische ist berücksichtigt. Theorie und Praxis kommen gleichmäßig auf ihre Rechnung.

München. Dr. Doerr.

Reger, A., Rat des K. Verwaltungsgerichtshofs. Handausgabe des bayerischen Gesetzes über die öffentliche Armen- und Krankenpflege vom 29. April 1869 in der Fassung der Bek. vom 30. Juli 1899. Siebente durchgesehene und ergänzte Auflage. Ansbach 1913, C. Brügel & Sohn. Geb. Mk. 3.60.

Ueber den Wert und die Bedeutung dieses Werkchens ist kein Wort zu verlieren; dafür sprechen der Name des Herausgebers und die Tatsache, daß es schon in siebter Auflage erscheint. Wenn auch dem bayerischen Armengesetze voraussichtlich nur noch eine kurze Lebensdauer beschieden sein wird, so ist es doch zu begrüßen, daß der Verlag noch eine zusammenfassende Bearbeitung des geltenden Armengesetzes veranlaßt hat. Das Ausführungsgesetz zum Unterstützungswohnsitzgesetz muß und wird an das geltende Armengesetz anknüpfen. Für jeden, der sich mit dem Armenrecht zu befassen hat, wird es dann angenehm sein, ein Werkchen zu besitzen, das eine vollständige und verlässige Uebersicht über das vergangene, aber trotzdem noch weiter wirkende Recht bietet. W.

Heinsheimer, Dr. K., Professor. Praktische Uebungen im bürgerlichen Recht. 2. vermehrte Auflage. 8°. VIII, 166 S. Berlin 1913, Otto Liebmann. kart. Mk. 3.50.

Eine Sammlung kleiner, teils der gerichtlichen Praxis, teils dem wirklichen Rechtsleben entnommener Fälle, die zunächst für den Studierenden bestimmt auch dem jungen Rechtspraktikanten für seine Weiterbildung auf dem Gebiet der Rechtsanwendung gute Dienste leistet. S.

Wendler, Ernst, Referendar. Die strafrechtliche Behandlung der Beteiligung Mehrerer am Verbrechen und der Begriff der „Teilnahme". XII, 95 Seiten. Borna-Leipzig 1913, Buchdruckerei Robert Noske.

Eine zwar gute, aber kaum Neues bietende Dissertation, die zu den Teilnahmetheorien, insbesondere gegen die akzessorische Natur der Teilnahme, kritisch Stellung nimmt und angesichts der Strafrechtsreform das Hauptgewicht auf Erwägungen de lege ferenda legt. D.

Siebert, Dr. Theodor, Staatsanwalt in Danzig. Bedingte Strafaussetzung nach der Allgem. Verfügung vom 11. November 1912. Berlin 1913, R. v. Deckers Verlag, G. Schenck. 44 S. Gebd. Mk. 1.80.

Die Schrift enthält die für die bedingte Strafaussetzung oder die Bewilligung einer Bewährungsfrist in Preußen geltenden Bestimmungen mit kurzen Erläuterungen zum praktischen Gebrauche. D.

Unger, Dr. Max, Der Selbstmord in der Beurteilung des geltenden Deutschen Bürgerlichen Rechts. VIII, 295 Seiten. Berlin 1913, Carl Heymanns Verlag. Mk. 6.—.

Das Buch behandelt nach einem kurzen historisch-philosophischen Abschnitt, einer ethischen und rechtlichen Wertung des Selbstmords im deutschen Zivilrecht ausführlich den privatrechtlichen Einfluß der Selbsttötung z. B. auf bestehende Schuldverhältnisse oder im Familienrecht, sowie das — dem Willen des Selbstmörders entsprechende oder zuwiderlaufende — Eingreifen Dritter, die Förderung oder Verhinderung eines Selbstmords. Die sich an diesen knüpfenden Probleme des öffentlichen Rechts (insbesondere Versicherungsrechts) werden zum Schlusse dem Rahmen des Themas entsprechend nur kurz gestreift. D.

Bleyer, J., Landgerichtsrat in München. Sammlung bayerischer Justiz- und Verwaltungsgesetze. I. Bändchen: Justizgesetze. Textausgabe mit Sachregister. VII, 512 Seiten. München 1913, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 2.80.

Diese dankenswerte, geschickt angelegte Sammlung gibt die gegenwärtige Fassung der Gesetze genau wieder und gewährt in Anmerkungen Aufschluß über die Entwicklung. Bei dem zerfahrenen Stande der Gesetzgebung sind solche Sammlungen ein sehr brauchbarer Behelf.

Roest, Dr. B., Justizrat, Rechtsanwalt beim Amtsgericht in Solingen, und **E. Blum**, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht in Köln. Die Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen. 80. Band. XXIII, 190 Seiten. Berlin 1913, Karl Heymanns Verlag. Brosch. Mk. 2.—, gebd. Mk. 2.50.

Wir verweisen auf die früheren Besprechungen dieser trefflich geleiteten Sammlung. An der neuen Lieferung müssen insbesondere wieder die gedrängten aber sehr lehrreichen Anmerkungen zu einzelnen Entscheidungen gerühmt werden.

Reinhard, Paul, Landgerichtspräsident in Leipzig. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 nebst dem Einführungsgesetze (Fassung vom 20. Mai 1898). Vierte Auflage. IX, 481 S. Leipzig 1913, Roßbergsche Verlagsbuchhandlung (Arthur Roßberg). Geb. Mk. 7.50.

Der Verfasser, der durch seinen großen, sehr klar geschriebenen Kommentar zum ZwVG. bekannt ist, hat seine kleinere, gedrängte Ausgabe wieder auf den neuesten Stand gebracht und dadurch den Gerichten ein vortreffliches Hilfsmittel gegeben. ——e——

Gesetzgebung und Verwaltung.

Die Beschäftigung von Hilfsrichtern beim Reichsgerichte. Nach § 134 GVG. dürfen an sich Hilfsrichter beim Reichsgerichte nicht zugezogen werden. Dieser Grundsatz wurde durch Art. XII des Ges. betreffend die Zuständigkeit des Reichsgerichts vom 22. Mai 1910 (RGBl. S. 767) durchbrochen. Der Reichskanzler wurde damals ermächtigt, bis zum 31. Dezember 1913 Hilfsrichter zur Erledigung der Geschäfte der Zivilsenate einzuberufen. Diese Hilfsrichter dürfen nach dem in Nr. 71 des RGBl. 1913 S. 779 verkündeten Gesetze vom 8. Dezember 1913 noch bis zum 1. Juni 1914 beschäftigt werden. Bemerkenswerter als das Gesetz selbst ist die dem Entwurfe (Bundesrats-Drucksache 82/1913) beigegebene Begründung. Sie zeigt, daß immer noch keine durchgreifende Entlastung des Reichsgerichts erzielt worden ist. Zwar sind die Rückstände in den Zivilsenaten im großen und ganzen beseitigt. Auch sind infolge der Entlastungsmaßregeln in Zivilsachen die Revisionen in der Zeit von 1909 bis 1911 von 4344 bis auf 3531 zurückgegangen, aber im Jahre 1912 setzte schon wieder eine steigende Bewegung ein. Ferner macht sich jetzt erneut eine übergroße Anspannung der Strafsenate bemerklich, die zu einer Vermehrung der Richterzahl führen wird. Zu der Besetzung der neuen Stellen sollen vor allem die am 1. Juni 1914 noch vorhandenen Hilfsrichter verwendet werden.

3182

Die Strafregister. (Bekanntmachung vom 25. November 1913, JMBl. S. 725). In die Strafregister sind auch die militärgerichtlichen Verurteilungen aufzunehmen. Für ihre Mitteilung an die Strafregisterbehörden gelten aber besondere Bestimmungen (Bundesratsverordnung § 6). Hierzu hat das Kriegsministerium neue Vollzugsvorschriften mit der Bekanntmachung vom 12. September v. Jrs. (KrVBl. S. 586) erlassen, in der die Bekanntmachung der Staatsministerien der Justiz und des Innern über die Strafregister vom 12. Juli v. Jrs. (JMBl. S. 91) zur entsprechenden Darnachachtung bekanntgegeben wurde. Die Bekanntmachung des Kriegsministeriums enthält außerdem die nötigen Anordnungen wegen der durch den Bundesratsbeschluß vom 17. April v. Jrs. eröffneten Möglichkeit der Löschung von Strafen im Strafregister.

Die wichtigsten Vorschriften dieser Bekanntmachung, die für die Justizbehörden nicht unmittelbar von Bedeutung ist, werden durch die Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 25. November v. Jrs. im Justizministerialblatt veröffentlicht.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. I. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 2. München, den 15. Januar 1914. 10. Jahrg.

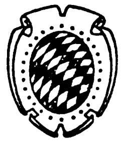
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. I. Staatsanwalt, im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Senatspräsident von Payr.

Ein Nachruf.

Von **Georg Mahler**, Rat am Obersten Landesgerichte in München.

In der Nacht zum 8. Januar 1914 ist der Senatspräsident des Obersten Landesgerichts, Joseph von Payr, nach kurzem Leiden unerwartet aus einem arbeitsreichen Leben geschieden.

Joseph von Payr wurde am 7. Oktober 1844 in Pfaffenhofen a. d. Ilm geboren. Im Jahre 1869 legte er die Staatsprüfung ab. 1875 erhielt er seine erste Anstellung als funktionierender Staatsanwalts-Substitut bei dem Bezirksgerichte in Straubing. Als Erster landgerichtlicher Staatsanwalt wurde er im Jahre 1891 zur Dienstleistung in das Staatsministerium der Justiz berufen, wo er im Jahre 1893 zum Regierungsrat, 1896 zum Oberregierungsrat und 1898 zum Ministerialrat befördert wurde. In dieser Stellung oblag ihm insbesondere die umfangreiche Geschäftsaufgabe der allgemeinen Dienstaufsicht über die Strafrechtspflege. Zugleich führte er lange Jahre den Vorsitz in der Begnadigungskommission. 1901 wurde er zum Generalstaatsanwalt bei dem Obersten Landesgerichte befördert und 1906 zum Senatspräsidenten bei diesem Gerichte ernannt.

Joseph von Payr vereinigte mit einem klaren und ruhig abwägenden Verstand einen Scharfsinn von eindringender Kraft. Er beherrschte die verschiedenen Zweige der Rechtswissenschaft und weite Gebiete des allgemeinen Wissens waren ihm vertraut. Offenen Auges verfolgte er die Erscheinungen des Lebens, um sie in ihrem Zusammenhange zu erfassen und die unerläßliche Grundlage eines sicheren Urteils zu gewinnen. Nie ermüdete seine Schaffenskraft und Schaffensfreude. Seine Pflichttreue ist kaum zu übertreffen, sie ließ ihn nicht rasten, als das todbringende Leiden ihn bereits befallen hatte. Seiner reichen Lebenserfahrung entsprechend offenbarte von Payr als Richter eine abgeklärte Denkweise. Nichts schien ihm mit den Aufgaben des Richters weniger vereinbar, als das Haften an dem Buchstaben des Gesetzes. Alle Bestrebungen, die Rechtsprechung in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen menschlichen Empfinden und den Forderungen des Lebens zu bringen, fanden seinen Beifall. Seine Bemühungen um die Förderung der Kriminalistik sind weiteren Kreisen bekannt. Unter seinem Vorsitze wurde nicht eine Sache entschieden, die er nicht zuvor aufs sorgfältigste nach der tatsächlichen wie nach der rechtlichen Seite geprüft hatte. Manche die Allgemeinheit berührende Frage, insbesondere auf dem Gebiete des Polizeistrafrechts, verdankt in erster Linie seiner umfassenden Gesetzeskenntnis und seinem Scharfsinn eine befriedigende Lösung. Nicht wenige Urteile gerade in schwierigen und verwickelten Fällen sind mit seltener Gründlichkeit und sicherer Beweisführung von ihm selbst verfaßt. Sein fördernder Einfluß auf die Rechtsprechung des Strafsenats kann nicht von bloß vorübergehender Bedeutung sein.

Wie von Payr in der Erfüllung seiner Berufspflichten gegen sich selbst unerbittlich streng war, so erwartete er auch von anderen, daß sie die volle Kraft für die Aufgaben des Berufs einsetzen. Er war aber ein Vorgesetzter von unangreifbarer Gerechtigkeit und vornehmer Gesinnung und erwarb sich durch seine Offenheit und natürliche Liebenswürdigkeit auch im dienstlichen Verkehr allgemeine Hochschätzung.

Als Schriftsteller ist er u. a. wiederholt mit gelegentlichen Abhandlungen in dieser Zeitschrift hervorgetreten. In allen seinen Schriftwerken war er auf eine sorgfältige Behandlung der Sprache besonders bedacht.

Die bayerische Rechtspflege hat durch den Tod Joseph von Payrs einen schweren Verlust erlitten.

Zur Frage der Unterschriftsbeglaubigung nach bayerischem Notariatsrechte.

Von Reichsgerichtsrat **Gottfried Schmitt** in Leipzig.

In der letzten Nummer des Jahrgangs 1913 der Blätter für Rechtsanwendung unterzieht Herr Rechtsanwalt Dr. Eugen Josef in Freiburg i. B. die Frage der „Beglaubigung der Unterschrift unbekannter Beteiligter, insbesondere in Bayern“, einer kritischen Erörterung. Er beanstandet, daß im Art. 35 des bayerischen Notariatsgesetzes der § 176 Abs. 3 Satz 2 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf das Verfahren bei der Beglaubigung von Unterschriften für entsprechend anwendbar erklärt ist. Nach seiner Meinung ist diese landesrechtliche Vorschrift nicht nur sachlich ungerechtfertigt, sondern auch im Widerspruch mit dem Reichsrecht und daher unverbindlich.

Ich bin entgegengesetzter Meinung und sehe mich mit Rücksicht auf meine Beteiligung an dem Zustandekommen der Vorschrift des Art. 35 zur Gegenäußerung veranlaßt, nicht wegen der praktischen Bedeutung der Frage, die in Wirklichkeit nur sehr geringfügig ist und Josefs Angriff wohl nicht veranlaßt hat, sondern aus dem Grunde, weil es nicht den Anschein haben darf, als halte sich die bayerische Gesetzgebung nicht innerhalb der Grenzen, die ihr durch das Reichsrecht gezogen sind, und weil es nicht dazu kommen soll, daß das Vertrauen der Beteiligten in die Gültigkeit der Gesetze geschwächt wird. Eine Gegenäußerung scheint mir auch um deswillen um so nötiger, weil die bayerische Justizverwaltung erst in allerjüngster Zeit die Geschäftsordnung für die Notariate erneuert und dabei die dem Art. 35 des Notariatsgesetzes entsprechende Vorschrift des § 206 Abs. 3 der alten Geschäftsordnung sachlich unverändert in den § 233 der neuen Geschäftsordnung übernommen, sich also neuerlich zu derselben Rechtsanschauung bekannt hat, die Josef als irrig und dem Reichsrecht zuwiderlaufend anficht. Und nun zur Sache!

Nach § 176 Abs. 3 FGG. soll das gerichtliche oder notarielle Protokoll über die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts eine Angabe darüber enthalten, ob der Richter oder der Notar die Beteiligten kennt, oder, sofern dies nicht der Fall ist, in welcher Weise er sich Gewißheit über ihre Persönlichkeit verschafft hat. Hieraus ergibt sich der Satz: „Der Richter oder Notar ist verpflichtet, sich vor der Beurkundung Gewißheit über die Persönlichkeit der Beteiligten zu verschaffen.“ Bezüglich der Beglaubigung von Unterschriften schreibt § 183 FGG. vor, daß der Beglaubigungsvermerk die Bezeichnung desjenigen enthalten muß, der die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat. Hieraus ergibt sich ebenfalls ohne weiteres die Verpflichtung des Richters oder Notars, sich vor der Beglaubigung Gewißheit über die Persönlichkeit des Unterschreibenden oder Anerkennenden zu verschaffen. In diesem Punkt ist also nach dem maßgebenden Reichsrecht kein Unterschied zwischen den Pflichten des Urkundbeamten bei der Beurkundung und bei der Beglaubigung der Unterschrift. Dagegen ist bemerkenswert die Betonung der Pflicht zur Bezeichnung dessen, der unterschrieben oder anerkannt hat, im Beglaubigungsvermerk. In dem Sätzchen: „Der Vermerk muß die Bezeichnung ... enthalten“ liegt mehr, als im ersten Augenblicke hervortritt. Es liegt darin der Gedanke, daß gerade diese Bezeichnung das Wesentliche an der Beglaubigung ist, daß ohne sie eine Unterschriftsbeglaubigung im eigentlichen Sinne des Wortes und im Sinne des § 183 FGG. unmöglich ist und nicht vorliegen kann. Die sachliche Richtigkeit dessen ist einleuchtend. Denn die Beglaubigung einer Unterschrift durch einen Richter oder Notar ist nichts anderes als die amtliche Feststellung des Richters oder Notars, daß diese Unterschrift von der Person herrührt, als deren Unterschrift sie abgegeben ist und sich darstellt. In dieser amtlichen Feststellung erschöpft sich die Beglaubigung der Unterschrift. Hiernach wird deutlich, warum das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das in seinem zehnten Abschnitt lediglich die gerichtliche und notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften und die gerichtliche und notarielle Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen reichsrechtlich regelt, zwar für die Beurkundung im § 176 Abs. 3 Satz 2 vorschreibt:

„Kann der Richter oder der Notar sich über die Persönlichkeit der Beteiligten Gewißheit nicht verschaffen, wird aber gleichwohl die Aufnahme der Verhandlung verlangt, so sollen der Sachverhalt und dasjenige, was zur Feststellung der Persönlichkeit beigebracht worden ist, in das Protokoll aufgenommen werden“

aber im § 183 davon absieht, eine ähnliche Vorschrift für den Fall der Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens zu geben. In der Feststellung des Notars oder des Richters, daß jemand, von dessen Persönlichkeit er sich keine Gewißheit habe verschaffen können, vor ihm die Unterschrift abgegeben oder anerkannt habe, würde eben keine Beglaubigung der Unterschrift im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern eine Ablehnung der Beglaubigung unter Vornahme einer anderen Feststellung liegen und, da das Reichsgesetz nur die Beglaubigung der Unterschriften im eigentlichen Sinne des Wortes zum Gegenstande seiner Regelung gemacht hat, so hatte es hier keinerlei Veranlassung zu einer Vorschrift im Sinne des § 176 Abs. 3 Satz 2.

In all dem stimmt Herr Rechtsanwalt Dr. Josef mit mir wohl überein. Unsere Wege trennen sich erst von nun an. Er scheint zu meinen, daß es im Sinne des Art. 35 des bayer. NotG. liege, zu bestimmen:

„Der Notar kann in Bayern die Echtheit einer Unterschrift im Sinne des § 183 FGG.

auch dann beglaubigen, wenn er sich von der Persönlichkeit dessen, der sie vor ihm abgibt oder anerkennt, keine Gewißheit verschaffen kann. Er hat in solchem Falle, wenn auf der Beglaubigung bestanden wird, im Sinne des § 176 Abs. 3 Satz 2 FGG. zu verfahren. Die Beglaubigung hat dann alle Wirkungen einer gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung im Sinne des § 183 FGG."

Sofern Herr Dr. Josef den Art. 35 dahin auslegt, täuscht er sich über Sinn und Tragweite des bayerischen Gesetzes. Das bayerische Notariatsgesetz ist keineswegs nur Ausführungsgesetz zum FGG., sondern darüber hinaus bestimmt, auf den nicht unmittelbar vom Reichsrecht erfaßten Gebieten die gesamte Amtstätigkeit der bayerischen Notare zu regeln. Die Vorschriften des Notariatsgesetzes dürfen darum nicht ohne weiteres als Ausführungs- und Ergänzungsvorschriften zum FGG. beurteilt werden, sondern es ist stets auch zu erwägen, ob sie nicht ein Gebiet zum Gegenstand haben, das außerhalb des Rahmens des Reichsrechts liegt. Um ein solches Gebiet aber handelt es sich gerade hier. Das FGG. erfaßt von den notariellen Geschäften nur die Beurkundung von Rechtsgeschäften und die Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen. Es läßt die Beurkundung von Rechtsgeschäften zu, auch wenn der Notar nicht imstande ist, sich über die Persönlichkeit der Beteiligten Gewißheit zu verschaffen, es läßt die Beglaubigung d. h. die Bestätigung der Echtheit der Unterschrift, nicht zu, wenn der Notar sich über die Persönlichkeit des Unterzeichnenden oder Anerkennenden keine Gewißheit verschafft hat. Darüber aber, ob ein Notar, der pflichtgemäß die Bestätigung der Echtheit der Unterschrift verweigert, berechtigt ist, den Hergang bei dieser Verweigerung festzustellen, enthält das Reichsrecht keinerlei Bestimmung. Es kann nicht anerkannt werden, daß das FGG. stillschweigend — nämlich durch sein Stillschweigen bei § 183 im Gegensatze zu seinem Reden bei § 176 — die Feststellung verbiete. Denn alle notarielle Tätigkeit, die nicht Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, nicht wirkliche Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens ist, liegt jenseits des Gebiets, das sich das FGG. gewählt hat, liegt in dem Gebiete, daß das Reichsrecht dem Landesrecht überlassen hat. In diesem Rahmen ist dann auch die Vorschrift des Landesrechts berechtigt und in diesem ist sie zu verstehen. Art. 35 des Notariatsgesetzes enthält, soweit er den § 176 Abs. 3 Satz 2 für anwendbar erklärt, in Wirklichkeit nichts anderes als folgende Gedanken:

„Kann der Notar, der um Beglaubigung einer Unterschrift angegangen wird, sich von der Persönlichkeit dessen, der die Unterschrift abgibt oder anerkennt, keine Gewißheit verschaffen, so kann er nach der Natur der Sache und nach § 183 FGG. die Echtheit der Unterschrift nicht feststellen, die Beglaubigung nach § 183 FGG. nicht vornehmen, sondern muß diese Beglaubigung unterlassen. Dies soll ihn aber nicht hindern, unter Abstandnehmen von solcher Beglaubigung auf Wunsch der Beteiligten den Hergang so festzustellen, wie es § 176 FGG. für den ähnlichen Fall bei der Beurkundung vorsieht!"

So verstanden verstößt die Vorschrift weder gegen den Begriff der Unterschriftsbeglaubigung noch gegen das Reichsrecht. Fraglich kann nur sein, ob für sie ein Bedürfnis besteht. Die bayerische Staatsregierung hat dieses Bedürfnis jederzeit sehr gering eingeschätzt, sie setzt im § 233 (206) der Geschäftsordnung ausdrücklich voraus, daß der Notar eine solche Feststellung in der Regel als nutzlos ablehnen werde, sieht aber andrerseits bei der Notwendigkeit der Wahl zwischen Zulassen, Zweifelhaftlassen und Verbieten auch keinen hinreichenden Anlaß zu einem Verbot.

Daß mit Art. 35 des Notariatsgesetzes endlich nicht beabsichtigt sein kann, wie Herr Rechtsanwalt Dr. Josef argwöhnt, den Personen, die Anspruch auf eine öffentlich beglaubigte schriftliche Erklärung haben, zuzumuten, daß sie sich mit einer so beglaubigten, d. h. in Wirklichkeit nicht beglaubigten Unterschrift begnügen, ergibt sich aus dem Vorstehenden wohl von selbst. Auch in dieser Beziehung sind also die erhobenen Bedenken unbegründet.

Bayerische Eigenarten im Vormundschaftswesen.

Von Amtsrichter **Matthias Mayr** in München.

Das BGB. hat dem Deutschen Reiche auch auf dem Gebiete des Vormundschaftswesens die Rechtseinheit gebracht. Abgesehen von rein formellen Verschiedenheiten in der Aktenführung sollten sonach im ganzen Deutschen Reiche die Vormundschaftssachen völlig gleich behandelt werden. Von dieser idealen Rechtseinheit sind wir aber in Wirklichkeit noch recht weit entfernt. Wenn man öfter Vormundschaftsakten verschiedener deutscher Bundesstaaten in die Hand bekommt, kann man die größte Mannigfaltigkeit nicht bloß in nebensächlichen Punkten, sondern auch in grundlegenden Fragen des Vormundschaftswesens beobachten. So habe ich, um hier nur ein Beispiel herauszugreifen, aus württembergischen Vormundschaftsakten ersehen, daß dort beim Tode eines Vaters oder einer Mutter immer sogleich eine Pflegschaft für die minderjährigen Kinder angeordnet wird, um zu prüfen, ob nicht die Auseinandersetzung mit dem überlebenden Elternteil zu begehren sei. Bei uns wird bekanntlich keine Pflegschaft eingeleitet, wenn der Vater oder die Mutter erklärt, in Erbengemeinschaft mit den Kindern bleiben zu wollen.

Auch die Praxis der bayerischen Vormundschaftsgerichte zeigt viele Eigenarten, die in anderen deutschen Bundesstaaten unbekannt sind. Zum Teil beruhen diese Eigenarten auf Vorschriften unserer

Vormundschaftsordnung vom 19. Januar 1900 (JMBl. S. 181 ff.), die sich ziemlich weit in das Gebiet des materiellen Rechts begeben hat, zum Teil sind sie auf das Festhalten an dem früheren Rechtszustande zurückzuführen, dem gegenüber sich oft das neue Recht nicht einleben konnte.

Die folgenden Ausführungen wollen nur einige der wichtigsten und auffälligsten bayerischen Eigenarten auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts darstellen und ihre Berechtigung prüfen.

1. Der Gegenvormund.

Nach § 1792 BGB. kann neben dem Vormund ein Gegenvormund bestellt werden. Ein Gegenvormund soll bestellt werden, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden ist, es sei denn, daß die Verwaltung nicht erheblich oder daß die Vormundschaft von mehreren Vormündern gemeinschaftlich zu führen ist.

Besitzt ein Mündel Vermögen, so sollte hiernach die Beigabe eines Gegenvormunds die Regel sein; nur bei einfachen Vermögensverwaltungen dürfte davon abgesehen werden. In Bayern dagegen bildet die Bestellung eines Gegenvormunds eine seltene Ausnahme.[1] Auch bei ganz erheblichen Vermögensverwaltungen vermißt man meistens den Gegenvormund. Die Gründe, warum sich diese Einrichtung bei uns nicht einbürgern konnte, dürften im wesentlichen folgende sein:

Die umfangreichen Ueberleitungsarbeiten beim Inkrafttreten des BGB. mögen eine genaue Prüfung der einzelnen Akten unter dem Gesichtspunkte des § 1792 BGB. beeinträchtigt haben. Damals hätte den Vormündern unter Hinweis auf das neue Recht die Notwendigkeit der Bestellung von Gegenvormündern begreiflich gemacht werden können. War aber diese Gelegenheit einmal verpaßt, so wurde und wird die Beigabe eines Gegenvormunds meist als Mißtrauen, häufig sogar als Kränkung empfunden. Diese Verkennung des Wesens der Gegenvormundschaft besteht auch heute noch und jeder Vormundschaftsrichter wird bestätigen, mit welchen Schwierigkeiten in dieser Hinsicht gekämpft werden muß. Meist wird der Gegenvormund als ein überflüssiger Ballast betrachtet, der die Verwaltung nur hemmt und erschwert. Der tiefere Grund hierfür liegt in einer anderen bayerischen Eigenart, die unter 2 erörtert werden soll, nämlich in der Intensität der Aufsicht und Tätigkeit der bayerischen Vormundschaftsgerichte, die über den Rahmen des Reichsrechts wesentlich hinausgeht. Man kann eben nicht recht einsehen, warum zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht noch eine Zwischenperson eingeschoben werden soll, wo doch schon das Vormundschaftsgericht sich um jede Kleinigkeit kümmert und alle einzelnen Maßnahmen des Vormunds überwacht. Diese Empfindung gewinnt eine gewisse Berechtigung durch die Tatsache, daß die Aufsichtstätigkeit des Gerichts bei uns um nichts geringer ist selbst in den Fällen, wo wirklich ein Gegenvormund bestellt ist.

Gleichwohl ist die bayerische Praxis mit dem Gesetz (§ 1792 BGB.) nicht in Einklang zu bringen. Allerdings läßt § 1792 BGB. dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts einen weiten Spielraum; er ermächtigt ihn aber nicht, die gesetzliche Regel in das Gegenteil umzuwandeln. Der Mündel hat ein gesetzliches Recht auf den verstärkten Schutz, den der Gegenvormund nach § 1799 BGB. bieten soll. Im Hinblick auf § 1818 BGB. wäre dem bayerischen Vormundschaftsrichter daher anzuraten, zum Mindesten bei neu anfallenden Vormundschaften immer gewissenhaft die Frage zu prüfen, ob nicht ein Gegenvormund zu bestellen sei.

2. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

Das Vormundschaftsgericht hat über die gesamte Tätigkeit des Vormunds und des Gegenvormunds die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten — § 1837 BGB. Es hat insbesondere die Rechnung des Vormunds zu prüfen — § 1843 BGB. Zum eigenen Handeln für den Mündel ist es nur in den Fällen des § 1846 BGB. befugt. Das BGB. beruht hiernach auf dem Grundsatze der Selbständigkeit des Vormunds. Dieser ist der gesetzliche Vertreter des Mündels; er hat alles zu tun, was im Interesse des Mündels zu tun ist. Und wenn er etwas tut, was nicht pflichtwidrig ist, muß ihn das Vormundschaftsgericht gewähren lassen und darf ihm keine gegenteiligen Anweisungen geben, mag auch die Handlungsweise des Vormunds vielleicht nach Ansicht des Vormundschaftsgerichts nicht zweckmäßig sein. Das schließt selbstverständlich nicht aus, daß der Vormundschaftsrichter dem Vormund an die Hand zu gehen und ihn nach bestem Wissen und Gewissen zu unterstützen hat (§ 12 der bayerischen Vormundschaftsordnung).

Aber die bayerische Praxis geht m. E. hierin viel zu weit. Der bayerische Vormundschaftsrichter „regiert" zu viel. Er setzt nicht selten seine Meinung gegen die Ansicht des Vormunds durch und erteilt dem Vormund bindende Aufträge in Fällen, wo er ihm höchstens einen Rat geben sollte. Die protokollarischen Erklärungen der Vormünder in den Akten sind in vielen Fällen nicht Willenserklärungen der Vormünder, sondern des Richters, der den Vormund das und das erklären „läßt".

Weitverbreitet in Bayern ist auch das eigene Handeln des Vormundschaftsgerichts an Stelle des Vormunds. Alles macht der Vormundschaftsrichter. Er erkundigt sich nicht nur nach dem Aufenthalt zahlungssäumiger Kindsväter, sondern schreibt ihnen auch Mahnbriefe, er wendet sich an die Armenpflege um Unterstützung, wenn der Mündel hilfsbedürftig ist, kündet „im Namen des Vor-

[1] Nach der Bayerischen Justizstatistik für 1912 wurden nur in 29 von 33978 angefallenen Vormundschaften Gegenvormünder bestellt.

munds" Forderungen usw. Und nun gar, wenn dem Mündel irgendwo eine Erbschaft anfällt oder sonstiger Vermögenserwerb in Aussicht steht. Da liest man nicht selten, daß der Vormund gleich von vorneherein dem Vormundschaftsgericht Vollmacht erteilt, alle „geeignet erscheinenden" Schritte in dieser Sache zu unternehmen. Und der Vormundschaftsrichter unternimmt alle ihm geeignet erscheinenden Schritte, ohne zu bedenken, daß er damit gegen den obersten Grundsatz des Vormundschaftsrechts verstößt, und ohne zu bedenken, daß er damit den Vormund seiner Verantwortlichkeit (§ 1833 BGB.) entbindet und seine eigene Haftung ins Ungemessene steigert.

Die Gründe für diese bayerische, dem Reichsrecht fremde Praxis dürften auch überwiegend in dem Festhalten an dem früheren Rechtszustande zu suchen sein. Es darf nicht wundernehmen, wenn dabei die Vormünder sich nie an Selbständigkeit gewöhnt haben und es als ganz natürlich betrachten, wenn der „Obervormund" alles macht. — Und es wird allerdings eine saure Arbeit sein, die Vormünder zur Selbständigkeit zu erziehen. Diese Arbeit muß aber geleistet werden, soll nicht noch in hundert Jahren unsere alte Obervormundschaft bestehen. — Sorgfältige Auswahl der Vormünder bei schwierigen Sachen, Beigabe von Rechtsanwälten als Vertreter bei verwickelten Angelegenheiten dürfte zunächst das wirksamste Mittel zur Besserung sein. Die Angst davor, dem Mündel durch Aufstellung von Rechtsanwälten Kosten zu verursachen, verstehe ich nicht. Warum sollte ein Mündel hierin besser gestellt sein als ein Volljähriger, der eine schwierige Rechtsangelegenheit zu besorgen hat?

3. Das Unterhaltsübereinkommen.

Die Unterhaltspflicht des Vaters eines unehelichen Kindes beruht auf Gesetz. Die Leistungen des Kindsvaters haben sich nach dem jeweiligen Bedarf zu richten. Eine Abmachung des Kindsvaters und des Vormunds über den Unterhalt ist Sache freier Vereinbarung und bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts — § 1714 BGB. Ein Zwang, einen solchen Vertrag zu schließen, kann nicht geübt werden.

Nach der Bayerischen Vormundschaftsordnung hat das Vormundschaftsgericht entsprechend dem früheren bayerischen Rechtszustande darauf hinzuwirken, daß ein Unterhaltsübereinkommen abgeschlossen wird. Zu diesem Zweck ist die Kindsmutter und der Kindsvater vorzuladen. In den meisten anderen deutschen Bundesstaaten ist dieses Verfahren nicht üblich.

Die vertragsmäßige Regelung des Unterhalts hat zweifellos gewisse Vorteile. Zunächst pflegt bei dieser Gelegenheit die Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde festgestellt zu werden, so daß die exceptio plurium nicht mehr erhoben werden kann (§ 1718 BGB.). Außerdem ist die Höhe der Unterhaltsrente ein für allemal ohne Rücksicht auf den jeweiligen Bedarf bestimmt, so daß Streit hierüber unter den Beteiligten abgeschnitten ist. Endlich bildet das Unterhaltsübereinkommen in der Regel einen sofort vollstreckbaren Titel.

Anderseits hat aber die bayerische Behandlung der Unterhaltsfrage in der Praxis bedenkliche Nachteile gezeitigt. Die vertragsmäßig festgelegte Unterhaltsrente ist 16 Jahre lang unabänderlich. Auch bei einer noch so einschneidenden Veränderung der Verhältnisse sind Kind und Vater an die vereinbarte Rente gebunden (vgl. im Gegensatz hierzu die durch Urteil festgesetzte Rente, § 323 ZPO.). Zahlreich sind hierüber die Klagen von Kindsmüttern und Vormündern. In München insbesondere, wo sich die Lebensverhältnisse in den letzten Jahren so verteuert haben, sind die Klagen sehr lebhaft. Hier wurden noch vor 8 und 10 Jahren häufig Unterhaltsrenten von 8 und 10 Mk. monatlich mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vereinbart, und mit diesen Beträgen sollen jetzt Kinder im Alter von 8 und 10 Jahren erzogen werden; dies ist geradezu unmöglich. Noch geringere Unterhaltsbeträge wurden und werden heute noch vielfach bei ländlichen Amtsgerichten vereinbart. Der Zug nach der Großstadt bringt aber mit sich, daß viele der ländlichen Kindsmütter sich in den Städten verheiraten und ihre vorehelichen Kinder mitnehmen. Auch in diesen Fällen stellen sich dann bald die Klagen über die niedrigen Alimente ein.

Diesen Mißständen kann nur dadurch abgeholfen werden, daß bei jedem Unterhaltsübereinkommen der Vorbehalt der Erhöhung der Unterhaltsrente gemacht wird. Das ist früher fast nie geschehen und geschieht auch auf dem Lande heute noch selten. Häufig sind allerdings die Kindsväter nicht zu bewegen, ihr Einverständnis mit einem solchen Vorbehalt zu erklären. In diesen Fällen halte ich es für besser, überhaupt kein Unterhaltsübereinkommen zu treffen, sondern nur das Vaterschaftsbekenntnis zu beurkunden und im übrigen abzuwarten, wie der Kindsvater seine Unterhaltspflicht erfüllt.

Sind verkündete amtsgerichtliche Beschlüsse im Parteibetrieb oder von Amts wegen zuzustellen?[1]

Von Amtsrichter Hans Dittrich in München.

Die Beantwortung dieser Frage ist besonders im Offenbarungseidsverfahren von Bedeutung, weil nach § 900 Abs. 3 ZPO. die Eidesleistung erst nach Rechtskraft der Entscheidung über den vom Schuldner gegen seine Verpflichtung zur Eidesleistung erhobenen Widerspruch erzwungen werden kann; sie spielt in dieser Hinsicht um so

[1] Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Münchener Gerichte.



mehr eine ziemlich bedeutende Rolle, weil die Erhebung von Widersprüchen durchaus nichts seltenes ist und fast stets aus offensichtlich haltlosen Gründen und nur zu dem Zweck erfolgt, dadurch die Eidesleistung möglichst hinauszuschieben. Das Ansehen des Gerichts und das berechtigte Interesse des Gläubigers erfordern es in diesen Fällen, daß der den Widerspruch zurückweisende Beschluß möglichst schnell und sicher der Rechtskraft zugeführt wird. Es ist deshalb bedauerlich, daß in der Frage, wie dies zu geschehen hat, ob durch Zustellung im Parteibetrieb oder von Amts wegen, eine ziemliche Rechtsunsicherheit besteht.

Vor Einführung der Zivilprozeßnovelle vom 1. Juni 1909 war die Rechtslage klar: die Zustellung hatte im Parteibetrieb zu erfolgen. Die Streitfrage entstand erst durch den neuen § 496 Abs. 1, der für das amtsgerichtliche Verfahren bestimmt, daß die Zustellungen unbeschadet der Vorschrift des § 317 Abs. 1 von Amts wegen zu erfolgen haben; sie wird hervorgerufen durch den Umstand, daß § 496 Abs. 1 den von der Zustellung der Beschlüsse handelnden § 329 nicht unberührt läßt, während andererseits in § 329 Abs. 2 auf den in § 496 Abs. 1 vorbehaltenen § 317 Abs. 1 Bezug genommen ist.

Schon kurz nach Einführung der Novelle hatte das Landgericht München I Gelegenheit, zu der Frage Stellung zu nehmen; im Beschluß vom 25. April 1910, Beschw.-Reg. 202, führte es aus:

Von dem Amtsbetrieb in amtsgerichtlichen Zustellungen sind gem. § 496 Abs. 1 der Novelle mit § 317 Abs. 1 ZPO. nur die Urteile ausgenommen. Die Motive zu dieser Ausnahme und der Umstand, daß in § 496 Abs. 1 der § 329 Abs. 2 ZPO. keine Erwähnung gefunden hat, lassen keinen Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber die (verkündeten) Beschlüsse nicht von der Offizialzustellung ausnehmen wollte. Es ist daher nicht angängig zu folgern: weil nach § 329 Abs. 2 ZPO. die Zustellung der (verkündeten) Beschlüsse wie die der Urteile nach § 317 Abs. 1 dem Betreiben der Parteien überlassen ist, deshalb muß sich die Ausnahme des § 496 Abs. 1 auch auf die in § 329 Abs. 2 erwähnten Beschlüsse beziehen. Vielmehr erfordert die Anwendung des § 496 Abs 1 die Zustellung des amtsgerichtlichen Beschlusses im Wege des Amtsbetriebs. Die Bestimmung des § 329 Abs. 3, wonach nur die nicht-verkündeten Beschlüsse von Amts wegen zugestellt werden müssen, bildet kein Hindernis. Die Bestimmungen des § 329 finden nach § 495 auf das Verfahren vor dem Amtsgericht nur Anwendung, soweit nicht in den besonderen für das amtsgerichtliche Verfahren getroffenen Bestimmungen Abweichungen enthalten sind. Letzteres ist aber nach der Novelle vom 1. Juni 1909 in § 496 Abs. 1 der Fall.

Das Amtsgericht München (Vollstreckungsgericht) hat sich diese Rechtsanschauung in feststehender Rechtsprechung und Praxis zu eigen gemacht, indem es seitdem, also 3½ Jahre lang, alle auf Widerspruch des Offenbarungseidsschuldners ergehenden Beschlüsse von Amts wegen zustellen ließ, nach Ablauf der von dieser Zustellung ab berechneten Beschwerdefrist auf Antrag des Gläubigers neuen Termin zur Abnahme des Eides bestimmte und bei Nichterscheinen des Schuldners in diesem Termin den etwa beantragten Haftbefehl zur Erzwingung der Eidesleistung erließ.

Neuerdings hatte sich nun auch das Oberlandesgericht München mit dieser Streitfrage zu befassen. Mit Beschluß vom 27. Oktober 1913, Beschw.-Reg. 692, hat es ausgesprochen, daß die Zustellung verkündeter amtsgerichtlicher Beschlüsse im Parteibetrieb zu erfolgen habe. Die Aktenlage ist aber leider derart, daß man von einer grundsätzlichen Stellung des Oberlandesgerichts nicht gut sprechen kann; der Hergang ist folgender: Der Gläubiger B. begehrte von seinem Schuldner H. die Leistung des Offenbarungseides; im Termin vom 18. September 1913 bestritt H. seine Verpflichtung zur Eidesleistung; der Widerspruch wurde durch sofort verkündeten Beschluß zurückgewiesen; dieser Beschluß wurde am 27. September von Amts wegen und am 1. Oktober im Parteibetrieb zugestellt; am 15. Oktober erhob H. gegen den Beschluß sofortige Beschwerde zum Landgericht München I, das am 16. Oktober entsprechend seiner langjährigen Rechtsanschauung die Beschwerde mit einem Satz als verspätet und ohne weiteres Eingehen auf ihren Inhalt zurückwies; auf weitere Beschwerde hat dann das Oberlandesgericht, das von der feststehenden gegenteiligen Rechtsprechung seiner beiden unteren Instanzen und den hiefür maßgebenden Gründen anscheinend keine Kenntnis hatte, den landgerichtlichen Beschluß aufgehoben, wobei es ohne jede nähere Begründung (nur unter Bezugnahme auf §§ 496 I, 317, 329 ZPO. und auf die Kommentare von Gaupp-Stein und Förster-Kann und die bei Gaupp-Stein angeführten Entscheidungen und Schriftsteller) aussprach, daß „die Frist für die Einlegung der sofortigen Beschwerde erst mit der am 1. Oktober 1913 auf Parteibetreiben erfolgten Zustellung" begann. Hiezu möchte ich folgendes bemerken:

§ 496 Abs. 1 ZPO. lautet: „Die Zustellungen erfolgen unbeschadet der Vorschrift des § 317 Abs. 1 von Amts wegen". Davon, daß auch § 329 Abs. 2 unberührt bleibt, ist im Gesetz nichts enthalten; wer dies trotzdem behaupten will, muß für seine Ansicht Gründe anführen; der bloße Hinweis auf Gaupp-Stein und Förster-Kann kann als ausreichende Begründung nicht betrachtet werden; denn durch die bloße Tatsache, daß eine Rechtsansicht von verschiedenen Seiten aufgestellt ist, wird die Richtigkeit dieser Ansicht noch nicht bewiesen; und leider lassen es eben auch Gaupp-Stein und Förster-Kann an einer Begründung ihrer Meinung fehlen. Freilich sind in beiden Kommentaren für die Richtigkeit ihrer Rechtsanschauung verschiedene Literaturnachweise gebracht, auf die das Oberlandesgericht ja mittelbar ebenfalls Bezug nimmt; mit diesen Literaturnachweisen hat es aber folgende Bewandtnis:

a) bei Gaupp-Stein und Förster-Kann ist Bezug genommen auf einen Aufsatz von Crasemann

(DJZ. 16, 255); der hier einschlägige Inhalt dieses Aufsatzes, der übrigens unsere Frage nur nebenher berührt, läßt sich kurz folgendermaßen zusammenfassen: Gaupp-Stein wurde nach Erscheinen des anläßlich der Novelle von 1909 zur 9. Auflage herausgegebenen Anhangbandes irrtümlich die Meinung unterschoben, daß er aus § 497 ZPO. folgere, daß auch das Verfahren über den Widerspruch des Offenbarungseidsschuldners dem Amtsbetrieb unterstellt sei; Crasemann weist diese vermeintliche Ansicht von Gaupp-Stein zurück und führt dann weiter aus: „Ueber die Art der Zustellung von Entscheidungen, die im Offenbarungseidesverfahren, insbesondere in Gemäßheit des § 900 Abs. 3 ZPO. ergehen, sind keine Vorschriften durch die Novelle getroffen; es müssen daher die allgemeinen Bestimmungen der ZPO. über Zustellung von Beschlüssen zur Anwendung kommen. Nach dem Grundsatz des § 329 ZPO. muß ein solcher Beschluß, welcher in der Regel auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergeht und daher verkündet wird, ... durch die Partei, nicht von Amts wegen zugestellt werden." Von einer Auseinandersetzung mit dem Inhalt des hier einschlägigen § 496 Abs. 1 ist in dem ganzen Aufsatz keine Rede.

b) Bei Gaupp-Stein ist ferner hingewiesen auf eine Entscheidung des OLG. Kolmar und auf einen Aufsatz von Weigl; erstere ist abgedruckt im Jahrgang 1903 der Juristischen Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen, letzterer im Jahrgang 1899 der Juristischen Wochenschrift; beide stammen also aus einer Zeit, wo sicher noch niemand an die Novelle von 1909 und deren § 496 Abs. 1 gedacht hat.

c) Bei Gaupp-Stein wird endlich eine 1910 veröffentlichte Entscheidung des LG. Hamburg angeführt, die mir nicht zugänglich war, aber als Entscheidung eines Gerichts mittlerer Instanz jedenfalls nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein kann, zumal ja das Landgericht München I, wie oben ausführlich dargelegt, in gegenteiligem Sinn entschieden hat.

Für die Zustellung im Parteibetrieb, jedoch ebenfalls ohne Anführung von Gründen, spricht sich bei § 496 Abs. 1 auch Neumiller aus.

Die gesamte übrige Literatur scheint der Ansicht zuzuneigen, daß auch verkündete amtsgerichtliche Beschlüsse von Amts wegen zuzustellen sind; ich möchte hier anführen:

a) Delius, zu § 496 Abs. 1: „Die Zustellung der Urteile und gerichtlichen Vergleiche erfolgt nicht von Amts wegen, sondern auf Parteibetrieb".

b) Neukamp, zu § 496 Abs. 1: „Die Zustellung der Urteile erfolgt ausnahmsweise im Parteibetrieb".

c) Seuffert, zu § 496 Abs. 1: „Für die Zustellung der Urteile verbleibt es bei dem Parteibetrieb (§ 317 Abs. 1)".

d) Skonietzki-Gelpcke, zu § 496 Abs. 1: „Der Parteibetrieb bei der Urteilszustellung gilt für alle der Zustellung bedürftigen Urteile".

Bei § 900 Abs. 3 kommen nur Neukamp und Seuffert [1]) einigermaßen auf die Frage zurück; sie tun dies aber in etwas unklarer Weise, indem sie aussprechen, daß nichtverkündete Beschlüsse von Amts wegen zuzustellen sind, während sie sich über die Zustellung der verkündeten Beschlüsse nicht äußern. Im übrigen sind auch bei § 496 Abs. 1 bei keinem der vier Kommentare nähere Ausführungen enthalten; jedoch dürfte aus der Tatsache, daß sie in dem gegebenen Zusammenhang nicht auch von der Zustellung der Beschlüsse reden, zu folgern sein, daß sie die in § 496 Abs. 1 bestimmte Ausnahme von der Regel des Amtsbetriebs nicht auch auf Beschlüsse ausgedehnt wissen wollen. In nicht mißzuverstehender Weise drückt sich in dieser Hinsicht

e) Struckmann-Koch aus, der zu § 496 Abs. 1 ausführt: „Nur für die Urteilszustellung ist zur Vermeidung überflüssiger Zustellungen der Parteibetrieb beibehalten worden; dies gilt auch für Vergleiche" und zu § 900 Abs. 3: „Gegen die (von Amts wegen zuzustellende) Entscheidung steht beiden Teilen die sofortige Beschwerde zu".

Diese Ausführungen von Struckmann-Koch entsprechen dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der allgemein anerkannten Regel, daß eine ausdehnende Auslegung von Sondervorschriften unzulässig ist; denn gegenüber der Bestimmung, daß im amtsgerichtlichen Verfahren alle Zustellungen von Amts wegen zu erfolgen haben, bilden die Worte „unbeschadet der Vorschrift des § 317 Abs. 1" unzweifelhaft eine Ausnahmevorschrift.

Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes weist darauf hin, daß diese Vorschrift bewußt nur für Urteile, nicht auch für Beschlüsse getroffen werden sollte.

Die Begründung der Novelle (Reichstagsverhandlungen 1908, Anlagenband 246 S. 4568) schildert bei § 496 Abs. 1 zunächst die Vorzüge der dem Gewerbegerichtsgesetz nachgebildeten Zustellung von Amts wegen und fährt dann fort:

„Nur für die Zustellung der Urteile soll es bei dem Parteibetrieb verbleiben. Dies bestimmt der Abs. 1, indem er die Vorschrift des § 317 Abs. 1 auch für das amtsgerichtliche Verfahren unbeschränkt aufrecht erhält. Obwohl darin eine Abweichung von dem Verfahren vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten liegt, so empfiehlt sie sich doch, um den Parteien die Möglichkeit zu erhalten, die Zwangsvollstreckung gleichzeitig mit den nach §§ 750, 751 erforderlichen Zustellungen vornehmen zu lassen; bei der Zustellung von Amts wegen würde das ausgeschlossen sein. Auch werden durch eine solche Regelung überflüssige Zustellungen vermieden . . . . Wie im Gesetz einer besonderen Hervorhebung nicht bedarf, sind auch Vergleiche, welche vor dem Amtsgericht abgeschlossen werden, nicht von Amts wegen zuzustellen. Die Zustellung eines Vergleichs ist nur erforderlich, wenn aus ihm eine Zwangsvollstreckung stattfinden soll; die Zustellung ist

[1]) Von Skonietzki liegt der zweite Band noch nicht vor.

daher gegebenenfalls ebenso wie die anderer vollstreckbarer Urkunden von der Partei zu betreiben."

Die Gründe, die hier für die durch Hinweis auf § 317 Abs. 1 gemachte Ausnahme angeführt sind, treffen im allgemeinen nur für Urteile zu, nicht aber für Beschlüsse und insbesondere nicht für Beschlüsse, durch die der Widerspruch des Schuldners gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides zurückgewiesen wird; denn aus diesen Beschlüssen findet weder eine Zwangsvollstreckung statt, noch wird ihre Zustellung im allgemeinen überflüssig sein, weil sie im Gegensatz zu den Urteilen nicht die Instanz beendigen, sondern nur ein Hindernis aus dem Wege räumen, das vom Schuldner der Durchführung des Verfahrens entgegengesetzt wird. Der Umstand, daß es die Begründung für nötig hielt, neben den Urteilen auch die Vergleiche zu erwähnen, während der Beschlüsse mit keinem Wort Erwähnung geschah, läßt ebenfalls darauf schließen, daß von der Ausnahme nur die Urteile, nicht auch die Beschlüsse betroffen werden sollten.

Der Reichstagskommission (Anlagenband 254 S. 8038) lag der Antrag vor, dem § 496 Abs. 1 ZPO. folgende Fassung zu geben: „Die Zustellungen, auch der Urteile, erfolgen unbeschadet der Vorschrift des § 198 von Amts wegen". Der Regierungsvertreter trat dem Antrag mit folgenden Ausführungen entgegen:

„Würden die Urteile von Amts wegen zugestellt, so würden sich zunächst die Zustellungen mindestens verdoppeln, weil beiden Parteien zugestellt werden müßte. Es würden auch abgesehen davon viele unnütze Zustellungen erfolgen, weil zahlreiche Streitigkeiten sich nach Verkündung des Urteils durch Zahlung, Vergleich usw. erledigen, ohne daß das Urteil zugestellt wird. Der Regierungsentwurf bestrebe sich, überflüssige Zustellungen zu vermeiden; außerdem bringe der Antrag den Nachteil mit sich, daß die Parteien nicht mehr über den Lauf der Rechtsmittelfrist des Urteils verfügen könnten, zum mindesten genötigt seien, bei Gericht ausdrücklich zu beantragen, daß das Urteil nicht zugestellt wird."

Der Antrag wurde hierauf abgelehnt; sein Inhalt und die Ausführungen des Regierungsvertreters zeigen aber, daß auch die Kommission bei der in § 496 Abs. 1 bestimmten Ausnahme nur die Urteile im Auge hatte und eher zu einer Einschränkung als zu einer Ausdehnung dieser Ausnahme geneigt war.

Angesichts dieser Verhältnisse erscheint es nicht ausgeschlossen, daß das Oberlandesgericht München in einem künftigen Fall seine Rechtsanschauung ändert, wenn auch leider kaum zu erwarten ist, daß es sich in absehbarer Zeit wieder mit dieser Frage zu befassen hat. Einstweilen haben sich die Vollstreckungsrichter des Amtsgerichts München aus praktischen Gründen dahin geeinigt, es bis auf weiteres bei der bisherigen Uebung zu belassen, d. h. die Beschlüsse von Amts wegen zuzustellen und die Rechtsmittelfrist vom Tag der Amtszustellung an zu berechnen.

Kleine Mitteilungen.

Die vorläufige Einstellung nach § 208 StPO. Nach § 208 StPO. kann das Gericht, wenn ein Verfahren mehrere derselben Person zur Last gelegte Handlungen betraf und für die Strafzumessung die Feststellung des einen oder andern Straffalls unwesentlich erscheint, auf Antrag der Staatsanwaltschaft beschließen, daß das Verfahren wegen der Straffälle, deren Feststellung für die Strafe unwesentlich ist, vorläufig eingestellt werde. Diese Vorschrift, von der um der Vereinfachung des Verfahrens und der Kostenersparnis willen möglichst häufig Gebrauch gemacht werden sollte, scheint ihrem Wortlaut nach nicht den Fall zu treffen, daß die weiteren Straffälle nach der Urteilsfällung zur Kenntnis des Gerichts gebracht werden. So hat auch das bayerische ObLG. in seinem Beschluß vom 27. Dezember 1905 (Bd. VI S. 253) entschieden, und es hat auch in einer Entscheidung vom 13. Dezember 1913 seinen Standpunkt nicht verlassen. Die Begründung beruht im wesentlichen darauf, daß das Gesetz nur eine vorläufige Einstellung zulassen wollte, daß aber diese Einstellung natürlich endgültig sein müßte, wenn sie nach dem Urteil erfolgen würde.

Diese Auslegung des Gesetzes kann unmöglich richtig sein. Denn sie würde entweder dazu führen, daß ein Unrecht an dem Angeklagten begangen wird oder daß eine leere Form erfüllt wird. Beides kann aber nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Man denke nur an den Regelfall: Eine Person wurde wegen 10 Verbrechen und Vergehen des Diebstahls zu etwa 4 Jahren Gesamtgefängnisstrafe verurteilt und befindet sich zur Verbüßung der Strafe im Gefängnis. Hinterher wird noch ein geringes Vergehen angezeigt. Es ist ohne weiteres klar, daß die Gesamtstrafe nicht höher ausgefallen wäre, wenn die neue Tat dem Gerichte schon zur Zeit des Urteils bekannt gewesen wäre. Nun soll der Staatsanwalt trotzdem gezwungen sein, Anklage zu erheben. Was ist die Folge? Entweder der Angeklagte erhält in der neuen Verhandlung eine Zusatzstrafe, wenn auch nur von 1 Tage: dann geschieht ihm sicher Unrecht, denn es geht doch nicht an, ihn schlechter zu stellen, weil aus irgendeinem Grunde, den er nicht zu vertreten hat, die Sache erst nachträglich abgeurteilt werden konnte. Oder das Gericht stellt sich auf den allein richtigen Standpunkt und verurteilt ihn zwar zur Strafe, beläßt es aber bei der früheren Gesamtstrafe: dann ist doch die neue Verhandlung, zu der vielleicht die Ladung einer Reihe von Zeugen und die Verschubung des Angeklagten nötig war, wirklich nichts als eine Farce, wie sie schon um des Ansehens der Gerichte willen vermieden werden müßte.

Das ObLG. hält sich bei seinen Entscheidungen zu sehr an den Buchstaben und übersieht dabei den Sinn des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat nicht etwa nur eine vorläufige Einstellung zugelassen und eine endgültige Einstellung verboten, sondern er hat eben nur an den ersten Fall gedacht, den zweiten aber nicht in den Kreis seiner Erwägungen gezogen. Ich wüßte nicht, was im Wege stehen sollte, die Anwendung des § 208 StPO. im Wege der Analogie auch auf Fälle der zweiten Art auszudehnen. Man hält sich ja auch sonst nicht an den genauen Wortlaut der Bestimmung; denn sonst dürfte auch nicht wegen Uebertretungen neben Verbrechen oder Vergehen vorläufig eingestellt werden,

weil ja da immer neben der Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe auf Haft oder Geldstrafe erkannt werden müßte, und ebensowenig bei mehreren Verbrechen des Betrugs i. R., weil da stets neben der Zuchthausstrafe auch Geldstrafen ausgesprochen werden müßten, und insoweit also die weiteren Fälle nicht als für die Strafzumessung unwesentlich erscheinen können.

Meines Wissens stellen sich auch die meisten Strafkammern auf den hier vertretenen Standpunkt und weichen somit bewußt von dem des ObLG. ab.

Schwieriger ist die Frage, wie es zu halten sei, wenn die weitere Tat in einem anderen Gerichtsbezirk begangen worden ist wie in dem des Urteils. M. E. sollte dann der Staatsanwalt, der die früheren Sachen angeklagt hat, die neue Sache in analoger Anwendung des § 13 StPO. übernehmen und Antrag nach § 208 stellen. Wenn das Gericht hierauf nicht eingehen würde, bliebe nichts übrig, als daß der Staatsanwalt trotz der Bestimmung in § 152² StPO. selbst die Einstellung in analoger Anwendung des § 208 verfügte. Ich verkenne nicht, daß das eine etwas gewaltsame Ausdehnung dieser Bestimmung wäre; aber es wäre immer noch weit besser als die Herbeiführung einer sinn- und zweckwidrigen neuen Verhandlung.

II. Staatsanwalt Reuß in Augsburg.

Form des Schuldnerverzeichnisses nach § 915 ZPO. Das Verzeichnis der Schuldner, die den Offenbarungseid geleistet haben oder gegen die wegen Eidesverweigerung die Haft verhängt wurde, wird auf Grund des § 915 ZPO. und der §§ 156 ff. der Geschäftsanweisung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte in Zivilsachen in einer Form geführt, die den Bedürfnissen des Verkehrs kaum entspricht. Hundertmal am Tag wird bei größeren Gerichten angefragt, ob der oder jener im Schuldnerverzeichnis eingetragen sei, hundertmal muß dann der Beamte nicht ein, sondern fünf Verzeichnisse nachschlagen, weil zu jedem Jahresheft der in § 915 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebenen Löschung wegen ein gesondertes Namensverzeichnis geführt wird; diese Namensverzeichnisse selbst sind zwar nach den 25 Buchstaben des Alphabets eingeteilt, innerhalb des einzelnen Buchstabens aber stehen die Namen ungeordnet der Reihenfolge des Eintrages nach, so daß der nachschlagende Beamte mit gespannter Aufmerksamkeit Zeile für Zeile lesen muß, um den gesuchten Namen nicht in den vielen Seiten zu übersehen, die ein häufiger Anfangsbuchstabe wie E oder M füllt.

Privatunternehmer haben längst die Vorteile der Kartenverzeichnisse (sog. Kartotheken) erkannt; auch unsere Behörden sollten solche Hilfsmittel sich zunutze machen, so gut wie sie allenthalben Schreibmaschinen und Vervielfältigungsmittel verwenden. Das Gesetz steht nicht im Weg, da es über die Gestaltung des Verzeichnisses keine näheren Vorschriften macht; aber auch die Geschäftsanweisung läßt das Kartenverzeichnis zu; denn das Schuldnerverzeichnis selbst (Anl. 33) könnte beibehalten werden, nur das in § 156 Abs. 3 für den Bedürfnisfall angeordnete Namensverzeichnis wäre als Kartenregister anzulegen; die Form dieses Namensverzeichnisses ist aber nicht vorgeschrieben. Es können also ohne weiteres die Namensverzeichnisse zu den fünf Jahresheften zusammengelegt werden; wenn der Schuldner nach Ablauf der fünf Jahre aus dem Verzeichnis zu löschen ist, wird die Karte ausgehoben und vernichtet.

Noch zweckmäßiger wäre es freilich, das Schuldnerverzeichnis selbst mit den in Anl. 33 GAGSchr. vorgesehenen Angaben als Kartenregister anzulegen, dann ist ein eigenes Namensverzeichnis überflüssig und es genügt ein Griff ins Kartenregister, um die Angaben über die zu verschiedenen Zeiten erlassenen Haftbefehle, Konkursanträge und die schließliche Eidesleistung auf einer Karte vereint vorzufinden.

Die Einrichtungen der Kartenregister (mit Sperrvorrichtungen u. dgl.) sind so vervollkommnet, daß Verwirrung der Reihenfolge oder Verlust einzelner Blätter nicht zu besorgen ist; werden doch auch die nicht minder wichtigen Strafregister in Form von Blattsammlungen geführt.

Rechtsanwalt Levinger in München.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Anwendung des § 104 Nr. 2 BGB. auf einen Geisteskranken mit „lichten Zwischenräumen". Aus den Gründen: Das OLG. stellt fest, daß die Erblasserin zur Zeit der Errichtung des Testaments oder, wie es an einer anderen Stelle des Urteils heißt, bei der Errichtung des Testaments „dauernd" an einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit gelitten habe, durch die ihre freie Willensbestimmung ausgeschlossen gewesen sei. Gegen diese Feststellung und die darauf gegründete Annahme, daß das Testament wegen Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin nichtig sei (§ 104 Nr. 2, § 105 Abs. 1 BGB.) wendet sich die Revision. Nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme könne darüber kein Zweifel bestehen, daß die Erblasserin, wenn sie geisteskrank gewesen sein sollte, nicht etwa an einer solchen Erkrankung gelitten habe, die sie dauernd und ununterbrochen geschäftsunfähig gemacht habe, sondern nur an einer solchen Störung, die sog. lichte Zwischenräume von erheblicher Zeitdauer zugelassen habe, in denen volle Geschäftsfähigkeit bestanden habe. Allein mit der Annahme des OLG., daß die Erblasserin „dauernd" an Verfolgungswahnsinn gelitten habe, ist dem, was die Revision von „lichten Zwischenräumen" in dem Zustande der Erblasserin sagt, der Boden entzogen (§ 561 Abs. 2 ZPO.). Aus den Feststellungen des OLG. ist nichts dafür zu entnehmen, daß die Erblasserin in der erwähnten Zeit jemals geistig gesund oder doch nicht mehr in ihrer freien Willensbestimmung beeinträchtigt gewesen wäre; auch unter den Parteien war in den früheren Rechtszügen von „lichten Zwischenräumen" nie die Rede. Das OLG. erklärt ausdrücklich, die krankhaften Wahnvorstellungen hätten die Erblasserin nicht nur dauernd, sondern auch derart beherrscht, daß sie ihre Angelegenheiten „in ihrer Gesamtheit" nicht zu besorgen vermocht habe. Wenn es bei diesem Ausspruch auf § 6 BGB. hinweist, so ist das zwar insofern ungenau, als die Tatbestandsmerkmale des § 104 Nr. 2 aus dieser Gesetzesbestimmung selbst und nicht im Anschluß an § 6 Nr. 1 zu gewinnen sind, wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat (vgl. die Urt. vom 4. Juni 1909, IV 391/08 JW. 411 Nr. 2 und vom 10. Dez. 1910, V 377/10 JW. 179 Nr. 1), sachlich aber ist es einwandfrei. Das OLG. will zweifellos sagen, die freie Willensbestimmung der Erblasserin sei infolge der krankhaften Störung der Geistestätigkeit,

an der sie mindestens seit 1900 dauernd gelitten habe, allgemein ausgeschlossen gewesen. Auf dieser Grundlage aber konnte es die Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin i. S. des § 104 Nr. 2 unbedenklich feststellen. Die Geschäftsunfähigkeit i. S. des § 104 Nr. 2 schließt nicht aus, daß der Geisteskranke vollkommen ordnungsmäßig einzelne Geschäfte erledigt, die seine krankhaften Vorstellungen oder Triebe nicht berühren. Es bedarf aber keines besonderen Nachweises dafür, daß der geschäftsunfähige Geisteskranke auch gerade bei dem einzelnen Geschäft, um das es sich handelt, unter dem Einflusse seiner krankhaften Vorstellungen oder Triebe gestanden habe und von ihnen beherrscht gewesen sei. Beweis dafür, daß die Erblasserin gerade bei der Errichtung ihres Testaments nicht unter dem Einfluß ihrer Wahnvorstellungen gestanden habe, hatten die Beklagten nicht angetreten. Es braucht daher nicht erörtert zu werden, wie ein derartiger Beweisantrag zu beurteilen gewesen wäre. (Urt. des IV. ZS. vom 22. Sept. 1913, IV 161/1913). E.

3192

II.

Bei dem Verkauf eines Grundstücks kann der Verkäufer aus der Zusicherung eines bestimmten Flächeninhalts unter Umständen auch dann in Anspruch genommen werden, wenn die Zusicherung nur mündlich erfolgt und in dem notariellen Vertrag die Gewährleistung für einen bestimmten Flächeninhalt ausgeschlossen ist. Aus den Gründen: Das OLG. geht davon aus, daß die Verkäuferin die Größe der Besitzung wiederholt auf 100 Morgen angegeben habe, während sie tatsächlich nur 88 Morgen beträgt. Es hat in dieser Angabe eine vertragsmäßige Zusicherung gesehen, die zwar, weil in den notariellen Vertrag nicht aufgenommen, der in § 313 BGB. vorgeschriebenen Form entbehre, aber doch wirksam sei, weil dieser Mangel durch die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch geheilt worden sei. Die Revision macht hiergegen geltend, diese Begründung würde nur haltbar sein, wenn festgestellt wäre, daß die Vertragsparteien bei der Auflassung an dieser in den notariellen Vertrag nicht aufgenommenen Zusicherung festgehalten hätten. Diese Rüge wäre an sich zu beachten; denn das OLG. hat eine dahin gehende begründete Feststellung nicht getroffen, eine Vermutung aber für eine derartige Annahme besteht nicht (Warneyer Erg.-Bd. 1909 Nr. 350), und dies um so weniger, wenn, wie hier, in den notariellen Vertrag ein Ausschluß der Gewähr für bestimmte Flächengrößen aufgenommen worden ist. Das LG. hat diesen Ausschluß zwar dahin gedeutet, daß nur der gutgläubige Veräußerer gegen Einwendungen aus etwaigen Unstimmigkeiten zwischen den katastermäßigen Größenbezeichnungen und dem wirklichen Flächeninhalt geschützt werden solle. Das OLG. hat es aber dahingestellt gelassen, ob diese Deutung zutreffe oder die andere, nach der auch die Haftung aus mündlichen Angaben über den Flächeninhalt dadurch abgelehnt werden solle. Der letzteren Deutung gegenüber wäre aber der Revision darin beizupflichten, daß damit die Annahme einer vertragsmäßig bindenden Zusicherung einer bestimmten Flächengröße unvereinbar wäre. Es kann dies aber hier dahingestellt bleiben, denn, wenn das OLG. die Arglist der Beklagten einwandfrei festgestellt hätte, könnte entgegen der Annahme der Revision der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden. Es würde sich dann um die betrügliche Zusicherung einer Eigenschaft handeln, da nach § 468 BGB. bei Zusicherung einer bestimmten Größe eines Grundstücks ebenso wie für eine zugesicherte Eigenschaft zu haften ist, so daß nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. § 463 BGB. sinngemäß anwendbar wäre. Liegt aber eine derartige betrügliche Zusicherung vor, dann wäre ein in den notariellen Vertrag aufgenommener Gewährausschluß nichtig gemäß § 476 BGB.; denn wer betrügliche Zusicherungen einer Eigenschaft gemacht hat und seine darauf bezüglichen Angaben bei dem Vertragsschluß nicht richtig stellt, der verschweigt arglistig einen Mangel der Sache (JW. 1911 S. 808 Nr. 13). Zur Herbeiführung dieser Nichtigkeit bedarf es nicht, wie die Revision meint, einer Anfechtung i. S. des § 123 BGB. Diese Wirkung tritt vielmehr ohne weiteres ein, wie sich aus § 476 BGB ergibt; sie ergreift aber nicht etwa, wie die Revision unter Berufung auf § 139 BGB. darzutun versucht, auch den übrigen Vertragsinhalt, da § 139 BGB. auf die Sondervorschrift des § 476 BGB. keine Anwendung findet (RG. Bd. 62 S. 125). Der Gewährleistungsausschluß — und nur er allein — würde daher nichtig sein, und der Beklagte aus § 463 BGB. auf das Erfüllungsinteresse haften, falls die Verkäuferin, wenn auch nicht in vertraglich bindender Weise, die Größe mit 100 Morgen angegeben hätte, sei es, daß sie die Unrichtigkeit dieser Angabe kannte, sei es, daß sie mit der Möglichkeit rechnete, daß es auch erheblich weniger sein könnte, sie aber die Aeußerung getan hätte, um den Kläger zum Kaufe, oder doch zum Kaufe zu dem vereinbarten Preise zu bestimmen (Warneyer Erg.-Bd. 1913 Nr. 42). Dann aber könnte der Kläger, wie gesagt, das Erfüllungsinteresse beanspruchen, so daß es nicht, wie die Revision meint, darauf ankäme, ob die Verkäuferin geneigt gewesen wäre, zu dem darnach sich ergebenden niedrigeren Preise zu verkaufen. Aber die Arglist der Verkäuferin muß nach der einen oder der anderen oben erwähnten Richtung nachgewiesen werden. (Urt. des V. ZS. v. 20. Okt. 1913, V 41/1913). E.

3190

III.

Haftung der Wirtsfrau, die eine Kegelbahn vermietet, für Unfälle infolge eines Mangels des Bretterbelags. Mitverschulden des kegelnden Gastes. Mithaftung des Ehemanns der Vermieterin. Dem Kläger, einem Mitglied des nicht rechtsfähigen Vereins „Freitagskegelklub", ist auf der zur Wirtschaft gehörigen Kegelbahn beim Auflegen der Kugel ein längerer Splitter unter den Nagel des Mittelfingers der rechten Hand gedrungen, wodurch der Finger steif geworden ist. Mit der gegen die Wirtsleute gerichteten Klage verlangt er die Entrichtung einer Jahresrente usw. Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das OLG. hat den Rentenanspruch gegenüber beiden Beklagten zu $^{1}/_{5}$ dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Annahme des OLG., daß die beklagte Ehefrau dem Kläger aus dem über die Benutzung der Kegelbahn geschlossenen Mietvertrage für die Folgen des Unfalls hafte, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Sie war die Vermieterin der Kegelbahn; der Kläger war als Mitglied des nicht rechtsfähigen Vereins Mieter. Als solcher kann er gemäß den Grundsätzen des § 538 BGB. Schadensersatz beanspruchen, wenn er durch eine mangelhafte Beschaffenheit der Mietsache körperlich verletzt worden ist. Die beklagte Ehefrau war auf Grund des Mietvertrags verpflichtet, ihren Mietern die Kegelbahn in einem solchen Zustande zu überlassen, daß sie bei sachgemäßer Ausübung des Kegelsports nicht Gefahr liefen, sich körperlich zu verletzen. Dies gilt auch für die Beschaffenheit des Auflegebretts, mit dem der Kegler beim Auflegen der Kugel leicht in Berührung kommen kann. Das auf der Kegelbahn befindliche Auflegebrett hatte zur Zeit des Unfalls einen Fehler, der seine Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche hinderte. Es war ausgekegelt und infolgedessen rissig und mürbe. Für den aus dem Mangel sich ergebenden Schaden hatte die beklagte Ehefrau aufzukommen. Wie das OLG. zutreffend ausgeführt hat, mußte sie, nachdem ihr der früher vorgekommene Unfall des J. mitgeteilt

worden war, dem für sie erkennbaren Mangel abhelfen, sei es, daß sie das Brett ausbessern oder es durch ein neues ersetzen ließ. Sie mußte aus der Mitteilung, daß das Brett bei dem Unfall des J. erheblich gesplittert hatte, und mußte sich bei Anwendung von nur einiger Sorgfalt sagen, daß die Weiterbenutzung ihren Mietern gefährlich werden könne. Sie hat jedoch jegliche Verbesserung unterlassen. Darauf, daß ihre Haftung durch die Kenntnis des Klägers von dem mangelhaften Zustande des Brettes ausgeschlossen werde (§ 539 BGB.), kann sie sich nicht berufen; denn der Kläger hat von dem Splittern des Bretts nichts bemerkt, was sich aus der Dürftigkeit der Beleuchtung und dem Orte ihrer Anbringung erklärt, der bewirkte, daß die Kegler in ihrem eigenen Schatten gekegelt haben; von dem Unfall des J. hat er vor seiner Verletzung nichts gewußt.

Auch die weitere Annahme des OLG., daß den Kläger ein mitwirkendes Verschulden an dem Unfall treffe, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Zutreffend hat das OLG. darauf hingewiesen, daß er von dem abgenutzten Zustand des Brettes Kenntnis gehabt habe, und daß er deshalb die Möglichkeit des Splitterns habe in Erwägung ziehen müssen; besondere Vorsicht sei für ihn insbesondere deshalb geboten gewesen, weil er die Gewohnheit gehabt habe, die Kugel mit sehr tiefer Handhaltung auf dem Brette aufzusetzen. Bei Anwendung dieser Vorsicht mußte der Kläger darauf Bedacht nehmen, eine Berührung der Hand mit dem Brette zu vermeiden. Wenn das OLG. bei der Schadenszumessung der Vermieterin die Tragung des größeren Teils des Schadens auferlegt hat, so ist auch dies rechtlich nicht zu beanstanden; auf die Verletzung ihrer Vermieterpflichten ist in erster Linie der Unfall zurückzuführen und ihr Verschulden ist das überwiegende.

Unbegründet ist endlich die Revision des beklagten Ehemanns. Das OLG. hat zwar bei diesem zutreffend keine Haftung aus dem Mietvertrag angenommen, da er den Mietvertrag nicht in eigenem Namen, sondern in dem seiner Frau abgeschlossen hat. Dagegen hat es seine Haftung aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Abs. 1 bejaht, weil er die Wirtschaft für seine Ehefrau geleitet habe und als Leiter ebenso wie die Inhaberin selbst den Gästen gegenüber verpflichtet gewesen sei, für die Instandhaltung der Geräte und Einrichtungen Sorge zu tragen. Diese Auffassung ist nicht zu beanstanden. Wer es gegenüber einem andern übernommen hat, an dessen Stelle Obliegenheiten zu erfüllen, deren Vernachlässigung geeignet ist, das Leben, den Körper oder die Gesundheit Dritter zu verletzen, macht sich, wie das Reichsgericht schon in seiner Entscheidung vom 7. Dezember 1905 (JW. 1906 S. 55) ausgesprochen hat, einer unerlaubten Handlung im Sinne von § 823 schuldig, wenn er die Sorge für die Erfüllung jener Obliegenheiten vorsätzlich oder fahrlässig verletzt. Für die Widerrechtlichkeit der Unterlassung ist es unerheblich, ob die Rechtspflicht zur Vornahme der Handlung auf Gesetz oder Vertrag beruht. (Urt. des III. ZS. v. 17. Okt. 1913, III 229/1913).

3197 ———n.

IV.

Kann sich der wegen unrichtiger Auskunft über Grundbuchverhältnisse haftbar gemachte Notar auf ein Mitverschulden des Verletzten berufen, wenn dieser eine Benachrichtigung des Grundbuchamts nicht geprüft hat? Aus den Gründen: Nicht zu billigen ist die Entscheidung in der Frage eines mitwirkenden Verschuldens nach § 254 BGB. Das OLG. findet ein solches Verschulden darin, daß L. es unterlassen hat, die Benachrichtigungen des Grundbuchamtes durchzulesen und zu prüfen. Nun ist zuzugeben, daß solche Mitteilungen den Zweck haben, die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die Eintragung den Absichten der Beteiligten entspricht. Es liegt daher auch im Interesse des Benachrichtigten, die Prüfung vorzunehmen. Allein ausschlaggebend wäre das nur, wenn etwa das Grundbuchamt einen Fehler begangen hätte und hierwegen in Anspruch genommen werden sollte. Hier aber, wo es sich um die Pflichtwidrigkeit des Notars handelt, ist zu berücksichtigen, daß die Erklärung, auf Grund deren die Eintragung im Grundbuch erfolgte, unter Zuziehung des Notars zustande gekommen war, und daß er, der Rechtskundige, nach der Behauptung der Kläger das Fortbestehen der Sicherheiten auf den anderen Grundstücken noch ausdrücklich bestätigt hatte. Wenn das richtig ist, dann durften sich die Kläger darauf verlassen, daß alles in Ordnung sei, und wenn sie im Vertrauen auf die Erklärung des Beklagten es unterließen, die Benachrichtigung des Grundbuchamtes zu prüfen, so kann ihnen jedenfalls der Beklagte daraus keinen Vorwurf machen. Auch der Umstand, daß dem L. drei Benachrichtigungen zugesandt wurden, mußte bei dieser Sachlage nicht notwendig den Verdacht hervorrufen, daß die Eintragung im Grundbuch der Absicht der Beteiligten nicht entspräche. Die Unterlassung des L. ist daher hier, wo die Haftung des Notars in Frage steht, entweder überhaupt kein Verschulden oder gegenüber dem groben, die erste grundlegende Ursache des Schadens bildenden Verschulden des Notars so geringfügig, daß es nicht gerechtfertigt ist, den Klägern auch nur einen Teil des Schadens aufzuerlegen. (Urt. des III. ZS. vom 14. Okt. 1913, III 209/13). ———n.

3198

V.

Liegt eine Verletzung der Amtspflicht „bei einem Urteil in einer Rechtssache" vor, wenn der Richter die Voraussetzungen des Versäumnisurteils nicht mit der erforderlichen Sorgfalt prüft? Aus den Gründen: Der dritte Klagegrund geht dahin: Der Richter habe das Versäumnisurteil gefällt, obwohl er aus den Gerichtsakten hätte feststellen können und müssen, daß die Terminsstunde noch nicht herangekommen sei, der Fall der Versäumnis also noch nicht vorgelegen habe. Diesen Klagegrund verwirft das OLG.: Allerdings sei es die Amtspflicht des Richters gewesen, vor Erlaß des Urteils durch Einsicht der in den Akten befindlichen Terminsbenachrichtigung zu prüfen und festzustellen, ob die nicht erschienene Partei ordnungsmäßig und rechtzeitig geladen, ob die Terminsstunde herangekommen und der Fall der Versäumnis gegeben sei. Indem er sich statt dessen auf das ihm vorliegende Terminsverzeichnis verlassen habe, habe er gegen seine Amtspflicht verstoßen. Nun treffe den Staat wegen der Amtspflichtverletzungen der Beamten keine weitere Haftung, als sie der § 839 BGB. für diese selbst festsetze. Es frage sich aber, ob die dem Richter zur Last fallende Verletzung seiner Amtspflicht „bei dem Urteile in einer Rechtssache" begangen sei, ein Fall, für den der § 839 Abs. 2 Satz 1 die hier unstreitig nicht erfüllte Voraussetzung für die Haftung aufstelle, daß „die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht" sei. Der Kläger verneine die Frage, indem er ausführe, daß das Versehen des Richters vor Erlaß des Urteils, und zwar in dem Unterlassen der Prüfung liege, ob zur Zeit der Verhandlung der Sache die dafür bestimmte Terminsstunde herangekommen gewesen sei. In der Tat seien Stimmen laut geworden, welche die Sonderstellung des Richters nach § 839 Abs. 2 auf die eigentlich urteilende, entscheidende Tätigkeit beschränken und sie bei der prozeßleitenden Tätigkeit nicht anerkennen wollten. Insbesondere nehme Hachenburg, Vorträge über das BGB. 2. Aufl. S. 434, indem er sich auf eine Aeußerung des Abgeordneten Lenzmann bei der Beratung des Entwurfs im Reichstage (Sten. Ber. 1895/97 Bd. 4 S. 2861) beruft, an, daß die Prüfung der Voraussetzungen für den Erlaß eines Versäumnisurteils eine prozeßleitende und keine urteilende Tätigkeit enthalte und daß deshalb der Richter ein hierbei vorgekommenes Ver-

sehen vertreten müsse. Allein das Gesetz spreche ganz allgemein von einer „bei einem Urteil“ begangenen Verletzung der Amtspflicht, und zur Urteilsfällung gehöre nicht nur die eigentliche Entscheidung und Begründung, sondern auch die Feststellung des Tatbestandes und der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen, bei einem Versäumnisurteile also auch die Prüfung und Entscheidung der Frage, ob der Fall der Versäumnis überhaupt gegeben sei. Derselben Meinung seien auch namhafte Vertreter der Wissenschaft. Bei einer solchen Ausdehnung des Begriffes „bei dem Urteil“ sei aber anzunehmen, daß der Richter das ihm zur Last fallende Versehen bei Erlaß des Versäumnisurteils begangen habe.

Die Revision macht auch jetzt wieder geltend, es handele sich hier nicht um ein Versehen „bei dem Urteil“, sondern das Urteil sei die notwendige Folge eines vorherliegenden Versehens im Verfahren, eine Folge davon, daß die Verhandlung vor dem Richter zu einer Zeit aufgerufen und durchgeführt worden sei, zu der er in eine Verhandlung noch nicht habe eintreten dürfen. Es ist zuzugeben, daß der Richter verpflichtet war, auch schon vor Eintritt in die Verhandlung und vor Zulassung der erschienenen Partei zu dem Antrage auf Erlaß des Versäumnisurteils zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Versäumnisverfahren überhaupt erfüllt seien, wozu vor allem nach § 220 ZPO. gehörte, daß die Sache nach Eintritt der Terminsstunde aufgerufen worden war (vgl. JW. 1907 S. 392 Nr. 12). Wenn ihm daher auch daraus kein Vorwurf gemacht werden kann, daß er sich bei der Anordnung des Aufrufs der einzelnen Sachen zunächst an das ihm von der Gerichtsschreiberei vorgelegte Terminsverzeichnis hielt, so hätte er doch, ehe er im Versäumnisverfahren die einseitige mündliche Verhandlung der erschienenen Partei gemäß § 331 ZPO. stattfinden ließ, prüfen müssen, ob der nicht erschienene Beklagte auch für die angenommene Terminszeit geladen worden sei. Allein das hierbei von ihm begangene Versehen ist nicht ursächlich geworden für den Schaden. Denn auch unmittelbar ehe der Richter das Versäumnisurteil selbst erließ, hätte er auch hiefür noch das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen feststellen müssen, wie denn der § 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. ausdrücklich vorschreibt, daß der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils zurückzuweisen ist, wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig geladen war. Denn daraus ergibt sich, daß das Gesetz selbst davon ausgeht, der Richter habe vor der Entscheidung über jenen Antrag selbst nochmals zu prüfen, ob der Fall der Versäumnis gegeben sei und er müsse, wenn sich ergebe, daß dies nicht der Fall sei, den Antrag zurückweisen, obwohl er zunächst das Versäumnisverfahren zugelassen habe. Hieraus folgt aber, daß das wirklich ursächliche Versehen bei Erlaß eines zu Unrecht ergangenen Versäumnisurteils dem Bereiche der urteilenden Tätigkeit des Richters angehört und deshalb unter § 839 Abs. 2 Satz 1 des BGB. fällt. (Urt. des III. ZS. vom 24. Okt. 1913, III 254/13). ———n.

3196

VI.

Pflicht des Testamentsvollstreckers, Rechnung zu legen und den Offenbarungseid zu leisten. Inwieweit erstreckt sich der Offenbarungseid auch auf Ausgaben? Aus den Gründen: Dem OLG. ist darin beizutreten, daß die Klägerin als Miterbin gemäß § 259 Abs. 2 und § 260 Abs. 2 BGB. von dem Testamentsvollstrecker die Beeidigung des von ihm aufgenommenen Nachlaßverzeichnisses und der Rechnung über die Verwaltung des Nachlasses fordern kann. Nach § 2215 BGB. ist der Testamentsvollstrecker den Erben gegenüber zur Aufnahme des ihnen mitzuteilenden Nachlaßverzeichnisses verpflichtet und hat demgemäß unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 die Vollständigkeit des im Verzeichnis angegebenen Nachlaßbestandes zu beschwören. Die den Erben gegenüber bestehende Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Rechnungslegung über die Verwaltung folgt aus § 2218 in Verbindung mit §§ 666, 667. Vermöge dieser Pflicht hat der Testamentsvollstrecker auf Verlangen des Erben unter den Voraussetzungen des § 259 Abs. 2 auch den Offenbarungseid zu leisten.

Die Revision erachtet den Testamentsvollstrecker zur Eidesleistung nicht für verbunden, weil die Verpflichtung hierzu erst nach völliger Beendigung seiner Verwaltungstätigkeit erwachse, welche Voraussetzung hier nicht vorliege, da unstreitig noch nicht der gesamte Nachlaß verteilt sei. Unsorgfältige Verwaltung oder das Verschweigen bestimmter Tatsachen könnten zwar Schadensersatzansprüche der Berechtigten auslösen, nicht aber den Zeitpunkt der Verpflichtung zur Eidesleistung ändern. Auch daraus sei für eine frühere Eidesleistung nichts herzuleiten, daß der Erbe nach § 2218 Abs. 2 bei einer länger dauernden Verwaltung jährlich Rechnung fordern könne. Damit sei dem Testamentsvollstrecker nicht die Pflicht zu wiederholter, jährlicher Eidesleistung auferlegt. Dieser Angriff erscheint nicht begründet. Der § 2218 erklärt allerdings auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben die Vorschrift des § 666 für entsprechend anwendbar und in § 666 ist bestimmt, daß der Beauftragte nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen hat. Die Pflicht zur Rechnungslegung, die in der zur Rechenschaftsablegung nach § 259 Abs. 1 inbegriffen ist, trifft hiernach den Testamentsvollstrecker grundsätzlich erst, wenn er die ihm als Testamentsvollstrecker obliegende Aufgabe erfüllt hat. Dies darf aber nicht dahin verstanden werden, daß er ausnahmslos sämtliche aus seiner Aufgabe sich ergebenden Verrichtungen beendet haben muß und daß ausnahmslos ein jedes Stück des Nachlasses verteilt sein muß. Zu den Pflichten des Testamentsvollstreckers, der die Auseinandersetzung unter den Erben zu bewirken hat (§ 2204 Abs. 1), gehört es, daß er sich über die Verwertung der sämtlichen Nachlaßgegenstände den Erben gegenüber ausweist, wenn er zur endgültigen Auseinandersetzung schreitet, da nur auf dieser Grundlage die Verteilung vorgenommen werden kann. Es ergibt sich hieraus eine Pflicht der Rechnungslegung, deren Erfüllung spätestens zur Zeit der Auseinandersetzung zu erfolgen hat und nicht etwa deshalb aufgeschoben werden darf, weil der Testamentsvollstrecker noch nach der Auseinandersetzung gewisse mit der Ausführung des Teilungsplans zusammenhängende Geschäfte zu erledigen hat. . . . . Der Umstand, daß z. B. zur Deckung von Prozeßkosten ein bestimmter Betrag zurückbehalten ist, steht der Rechnungslegungspflicht ebensowenig entgegen, wie im Konkursverfahren die Schlußrechnung des Verwalters nicht dadurch aufgehalten wird, daß bei dem Vollzuge der Schlußverteilung Beträge zurückzubehalten und zu hinterlegen sind (§§ 162 ff. KO.). Der Testamentsvollstrecker hat denn auch in Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht tatsächlich Rechnung gelegt und er kann sich demgemäß, da die Voraussetzungen des § 259 Abs. 2 bedenkenfrei festgestellt sind, nicht der nach § 259 begründeten Verpflichtung entziehen, die Rechnung durch Offenbarungseid zu bekräftigen. Ohne Einfluß auf die Pflicht zur Leistung dieses Eides ist es, daß gegen den Testamentsvollstrecker, der seine Pflichten verletzt, insbesondere Nachlaßgegenstände schuldhaft verschweigt, zugleich Schadensersatzansprüche erhoben werden können. Ebensowenig kann die Beeidigung des Nachlaßverzeichnisses verweigert werden. Es bildet zusammen mit der an das Verzeichnis sich anlehnenden Verwaltungsrechnung die Grundlage der Verteilung, deren Richtigkeit feststehen muß, wenn geprüft werden soll, ob die Erben aus dem Nachlasse nicht noch weitere Beträge zu empfangen haben.

Die Revision hält die Ausdehnung des Offenbarungseides auf die Ausgaben für unzulässig. Der Offenbarungseid des § 259 erstrecke sich nur auf die Einnahmen, weil eine Unvollständigkeit der Ausgaben nur dem Rechnungslegungspflichtigen nachteilig sei. Auch in dem Offenbarungseide aus §§ 260, 2028 sei für die eidliche Erhärtung der Angaben über die geleisteten Ausgaben kein Raum. Diese Ausführungen sind im allgemeinen richtig. Dem Rechnungslegungsberechtigten kann nur daran liegen, daß ihm die Einnahmen vollständig mitgeteilt werden, nicht auch daran, daß er die sämtlichen Ausgaben erfährt. Soweit die Ausgaben nicht mitgeteilt werden, gereicht dies nur dem Rechnungslegungspflichtigen zum Schaden, der diese Ausgaben nicht ersetzt erhält. Dem entspricht es, daß der nach § 259 Abs. 2 von dem Rechnungslegungspflichtigen zu leistende Offenbarungseid nur darauf gestellt ist, daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. In ähnlicher Weise ist der bei Vorlegung eines Verzeichnisses über einen Vermögensinbegriff nach § 260 Abs. 2 zu leistende Offenbarungseid dahin festgesetzt, daß der Vorlegungspflichtige nach bestem Wissen den Bestand (Aktivbestand) so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. In Einklang hiermit ist in § 2027 nur von dem Bestande der Erbschaft und in § 2028 von den Erbschaftsgegenständen die Rede, ohne daß die Schulden oder Ausgaben erwähnt sind. Gleichwohl kann die Entscheidung des OLG. nicht gemißbilligt werden. Der Vorderrichter verkennt nicht, daß der Offenbarungseid aus §§ 259, 260 nur die Einnahmen und den Vermögensbestand zum Gegenstand hat. Er führt aber aus: Wenn in den Auskünften Nachlaßausgaben aufgeführt sind, die nicht gemacht sind, so sei damit in gleicher Höhe der tatsächlich vorhandene Nachlaßbestand zu niedrig angegeben. Das ist zutreffend und ist geeignet, die in dem Berufungsurteile dem Offenbarungseide gegebene Ausdehnung zu rechtfertigen. Die Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht des Testamentsvollstreckers hat nach §§ 2218, 666, 677, 259, 260 wesentlich die Bedeutung, daß er in Anschluß an das von ihm aufzustellende Nachlaßverzeichnis den Bestand des Nachlasses nachzuweisen hat, wie er sich durch die Verwaltung des Nachlasses gestaltet hat und an die Erben abzuliefern ist. Es entspricht dies der in § 667 bestimmten Verpflichtung des Beauftragten, alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhalten hat und was er aus der Geschäftsführung erlangt hat, dem Auftraggeber herauszugeben. Die gleiche Verpflichtung hat nach § 2218 der Testamentsvollstrecker zu erfüllen. Mit dieser Herausgabepflicht ist zugleich, da sie sich auf einen Inbegriff von Gegenständen, auf die Erbschaft, erstreckt, nach § 260 die Verpflichtung verbunden, den Erben ein Verzeichnis des ihnen herauszugebenden (unter sie zu verteilenden) Nachlaßbestandes vorzulegen und die Vollständigkeit dieses Verzeichnisses zu beschwören. Der Testamentsvollstrecker genügt daher seiner Auskunftspflicht nicht schon dadurch, daß er die Einnahmen vollständig in Rechnung stellt, er hat auch den verbliebenen Nachlaßbestand vollständig anzugeben. Zu diesem Zwecke hat er sorgfältig zu prüfen, ob die von ihm in Rechnung gestellten Nachlaßausgaben auch wirklich gemacht sind, da andernfalls der herauszugebende Bestand ein höherer sein müßte. Die Verpflichtung, nach bestem Wissen die Vollständigkeit des Nachlaßbestandes zu beschwören, schließt die Verpflichtung in sich, den Nachlaßbestand, (wozu auch etwaige Ersatzforderungen gehören), nicht der Wirklichkeit zuwider dadurch als niedriger hinzustellen, daß Ausgaben berücksichtigt werden, die gar nicht zu Zwecken des Nachlasses gemacht sind. Es ist daher nicht zu beanstanden, daß das OLG., um diese Verpflichtung dem Testamentsvollstrecker deutlich vor Augen zu führen, einen hierauf bezüglichen Zusatz in den Eidessatz aufgenommen hat, wonach der Beklagte beschwören soll, die von ihm als geleistet bezeichneten Nachlaßausgaben auch wirklich für Nachlaßzwecke geleistet zu haben. (Urt. des IV. ZS. vom 20. Sept. 1913, IV 243/13). ———n.

3199

VII.

Können österreichische Ehegatten die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für eine Klage auf Ehescheidung vereinbaren? Kann eine solche Vereinbarung wegen Irrtums angefochten werden? Die Parteien haben vor dem Standesbeamten in N. die Ehe geschlossen. Die Frau erhob gegen den Mann beim LG. in N. Klage auf Ehescheidung. Unter Berufung darauf, daß er österreichischer Staatsangehöriger sei, wandte der Mann die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts ein. Das LG. kam zu dem Ergebnisse, daß der Mann und infolge der Verheiratung auch die Frau österreichische Staatsangehörige seien, und wies auf Grund des § 606 Abs. 4 ZPO. die Klage ab. Die Klägerin legte Berufung ein und berief sich für die Zuständigkeit der deutschen Gerichte nunmehr auch auf eine spätere schriftliche Erklärung des Beklagten, in der dieser die deutschen Gerichte ausdrücklich als für den Scheidungsstreit zuständig anerkannt hat. Das OLG. stellte gleichfalls fest, daß die Parteien österreichische Staatsangehörige seien, kam aber mit Rücksicht auf die Erklärung des Beklagten zu einem anderen Ergebnis als das LG. und erklärte die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts für unbegründet. Zugleich verwies es die Sache zurück. Die Revision blieb erfolglos.

Gründe: 1. Entscheidend für die Frage, ob das nach § 606 Abs. 1 ZPO. an sich für den Rechtsstreit zweifellos zuständige LG. in N. auch nach österreichischem Recht zuständig ist (§ 606 Abs. 4), sind die §§ 76, 100 und 104 der österreichischen Jurisdiktionsnorm (JN.) vom 1. August 1895. Das OLG. ist der Ansicht, daß nach den §§ 76 und 100 JN. das LG. in N. nicht zuständig sei. Es erklärt daher ausdrücklich, daß das die Klage wegen Unzuständigkeit abweisende landgerichtliche Urteil nach der damaligen Sachlage zu Recht ergangen sei. Eine Aenderung ist aber seiner Meinung nach durch die Erklärung des Beklagten eingetreten, in der zwar das LG. in N. nicht ausdrücklich genannt, sondern nur das OLG. erwähnt sei, die aber unzweifelhaft so zu verstehen sei, daß sich der Beklagte der Zuständigkeit des OLG. für den zweiten Rechtszug und der des LG. in N. für den ersten Rechtszug habe unterwerfen wollen. Der Erklärung mißt das OLG. auf Grund des § 104 Abs. 1 JN. entscheidende Bedeutung bei. Es verkennt nicht das Bedenken, das daraus entnommen werden könnte, daß die Erklärung erst nach dem Erlasse des landgerichtlichen Urteils abgegeben ist, während nach § 104 Abs. 1 Satz 2 JN. die Vereinbarung dem Gerichte „schon in der Klage“ urkundlich nachgewiesen werden muß. Wesentlich erscheint ihm jedoch nur, daß das österreichische Recht die Zuständigkeitsvereinbarung zuläßt. Die Vorschrift in § 104 Abs. 1 Satz 2 JN. sei eine für das österreichische Prozeßverfahren gegebene Ordnungsvorschrift ohne sachliche Bedeutung, sie könne also für die deutschen Gerichte nicht bindend sein, wenn die Vereinbarung in Deutschland geschlossen sei. Nach deutschem Rechte könne aber die Vereinbarung auch noch im Laufe des Rechtsstreits geschlossen werden, da die Einrede der Unzuständigkeit zu den verzichtbaren Einreden gehöre und sich eine der Vorschrift in § 104 Abs. 1 Satz 2 JN. gleiche Vorschrift im deutschen Rechte nicht finde. In der Zuständigkeitsvereinbarung seien allerdings die Parteien insofern beschränkt gewesen, als sie nur die Zuständigkeit des nach den deutschen Gesetzen zuständigen deutschen Gerichts hätten vereinbaren können. Das sei aber geschehen. Auch die Vorschrift des § 40 Abs. 2 ZPO. könne deshalb der Vereinbarung nicht entgegenstehen, da es sich hier nicht um Vereinbarung der Zuständig-

keit eines nach deutschem Recht sonst unzuständigen Gerichts handele, sondern nur um die Beseitigung des Hindernisses, das das ausländische Recht der Zuständigkeit des nach den deutschen Gesetzes an sich zuständigen Gerichts bereiten würde.

Die sich an die Bestimmung in § 104 Abs. 1 Satz 2 JN. anlehnenden Ausführungen bekämpft die Revision, indem sie dem OLG. unzulässige Verquickung deutscher und österreichischer Rechtssätze vorwirft und die Ansicht vertritt, die Frage, ob das LG. in N. auch nach österreichischem Rechte zuständig ist, sei einzig und allein nach den österreichischen Gesetzen zu beurteilen. Bei ihrer Rüge geht die Revision ersichtlich davon aus, daß auf eine Verletzung österreichischen Rechts das Rechtsmittel nicht gestützt werden könne (§ 549 ZPO.), daß vielmehr die Auslegung, die das OLG. der österreichischen Jurisdiktionsnorm gegeben hat, auch für das Revisionsgericht maßgebend sei (§ 562 ZPO.). Dieser Ausgangspunkt der Revision ist, obwohl es sich im Streitfall um die Frage nach der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, also um einen Punkt handelt, den das OLG. von Amts wegen zu prüfen hatte, zutreffend und entspricht dem, was der Senat in anderen Fällen als richtig anerkannt hat (vgl. JW. 127 Nr. 4 Schluß). Infolgedessen ist auch die Annahme des OLG. nicht nachzuprüfen, daß die Vorschrift in § 104 Abs. 1 Satz 2 JN., wonach die in Satz 1 gestattete Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts diesem „schon in der Klage" urkundlich nachgewiesen werden muß, nur eine den deutschen Richter nicht bindende Ordnungsvorschrift ist. Von dieser Grundlage aus läßt es sich aber nicht beanstanden, wenn das OLG. in § 104 Abs. 1 Satz 2 JN. kein Hindernis findet, die Zuständigkeit des LG. in N. auch nach österreichischem Rechte für gegeben zu erachten. Seine Ausführungen, denen auch die Vorschrift in § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. nicht entgegensteht (vgl. RGZ. Bd. 52 S. 136 und Warneyer Ergänzung 1913 Nr. 37 S. 48), sind vielmehr im Ergebnisse einwandfrei, mag auch nicht jeder einzelnen Wendung zuzustimmen sein. Dies umsomehr, als der deutsche Prozeßrichter, soweit ihm nicht Schranken gezogen sind, grundsätzlich stets von der Maßgeblichkeit des deutschen Prozeßrechts auszugehen hat.

2. Der Beklagte hat seine Erklärung, auf die sich die Anwendung des § 104 JN. aufbaut, wegen Irrtums angefochten, weil er bei der Abgabe ein Schreiben der Klägerin und ihr aus diesem Schreiben hervorgehendes übles Verhalten noch nicht gekannt habe. Demgegenüber führt das OLG. aus, eine Zurücknahme der Erklärung sei nicht zulässig, weil die einmal geschlossene Vereinbarung für die Parteien bindend sei, ebensowenig könne aber eine Anfechtung wegen Irrtums erfolgen (§ 119 BGB.), weil der vom Beklagten behauptete Irrtum nur ein Irrtum im Beweggrunde sei. Die Revision bemängelt auch das, indem sie bemerkt, die Frage, ob der Beklagte die Erklärung mit Recht angefochten habe, sei ebenfalls nicht nach deutschem, sondern nach österreichischem Rechte zu entscheiden. Auch dieser Angriff geht fehl. Bei der Erklärung handelt es sich um eine Willenskundgebung des Beklagten in einem vor einem deutschen Gerichte schwebenden Rechtsstreite, die die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts zum Gegenstande hatte. Solche Erklärungen können in ihrer Wirksamkeit nur nach deutschem Rechte beurteilt werden. Nach deutschem Recht aber sind rein prozessuale Willenserklärungen, die eine Verfügung über die Gestaltung der Beziehungen der Parteien zueinander im Prozeß enthalten, wegen Irrtums überhaupt nicht anfechtbar. Das hat das Reichsgericht für die Zurücknahme von Rechtsmitteln ausgesprochen (RGZ. 81 S. 177), es muß aber auch für Zuständigkeitsvereinbarungen gelten. (Urt. des IV. ZS. vom 22. Sept. 1913, IV 333/13). ———n.

3200

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Mehrere Firmen eines Kaufmanns (HGB. §§ 13, 17, 18, 30, 50 Abs. 3). Der Kaufmann und Orthopäd Franz M. betreibt in D. fabrikmäßig die Herstellung von Körper-Geradehaltern und ist für diesen Geschäftsbetrieb seit 16. Mai 1913 im Handelsregister des Amtsgerichts D. mit der Firma „Zentrale Franz M." eingetragen. Am 19. Juni 1913 meldete M. zur Eintragung in das Handelsregister des Amtsgerichts N. an, daß er in N. eine Handelsniederlassung errichtet habe, deren Gegenstand die Vertretung der Firma Zentrale Franz M. in D. bilde und die die Firma „Franz M." führe. Nach dem Ergebnisse der Ermittelungen wies das Amtsgericht die Eintragung zurück, da der Geschäftsbetrieb des Franz M. in N. weder eine zweite selbständige Hauptniederlassung noch eine eintragsfähige Zweigniederlassung noch ein Agenturgeschäft sei. Die Beschwerde des M. hatte keinen Erfolg. Auf die weitere Beschwerde wurden die Entscheidungen aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen erneut zu verfügen.

Aus den Gründen: Der Beschwerdeführer will seine Niederlassung in N. nicht als Zweigniederlassung des Geschäfts in D., sondern als selbständige Firma eintragen lassen. Nach der überwiegenden Ansicht kann jeder Kaufmann, der mehrere Niederlassungen hat, verschiedene Firmen führen, vorausgesetzt, daß die Geschäfte getrennt und selbständig betrieben werden (Staub, HGB., 9 Aufl., Bem. 3 zu § 17; Brand, HGB. Bem. I, 6 Abs. 2 zu § 17, Bem. 2, b zu § 50 u. a.). Der Senat schließt sich dieser Ansicht an, für die auch der Wortlaut des § 50 Abs. 3 HGB. spricht. Betreibt der nämliche Kaufmann in verschiedenen Niederlassungen die Herstellung und den Verkauf der gleichen Ware, so hängt es von seinem Willen ab, ob der Betrieb einheitlich oder in jedem Geschäft selbständig geführt wird. Keine Vorschrift hindert ihn, am Orte seines Wohnsitzes oder an einem anderen Orte ein Handelsgeschäft — sei es das gleiche, das er an seinem Wohnsitze betreibt, oder ein anderes — unter der gleichen oder unter einer anderen Firma zu betreiben, sofern er nur den §§ 18 und 30 HGB. Rechnung trägt. Es kommt also nur darauf an, ob die Niederlassung in N. gegenüber dem Geschäfte in D. selbständig ist.

Der Beschwerdeführer hat den Vertrieb seiner orthopädischen Geradehalter so eingerichtet, daß er an verschiedenen Orten Mittelpunkte geschaffen hat, von denen aus sie in einem bestimmten Umkreis verkauft werden. Einer dieser Mittelpunkte ist N. Dort hat er eine Gehilfin aufgestellt, die in seinem Namen die Bestellungen aufsucht und entgegennimmt, die Maße nimmt und zur Ausführung des Auftrags an die Fabrik abgibt, die die fertigen Waren zugeschickt erhält, an den Besteller ausliefert, etwaige Aenderungen besorgt und die Kaufpreise empfängt. Dort werden durch eine eigene Buchhalterin die Bestellungen und die Ablieferungen der Waren sowie die Zahlungen verbucht. Dorthin begibt sich der Geschäftsherr von Zeit zu Zeit, um die Führung der Geschäfte zu überwachen. Der Betrieb ist also von dem in D. äußerlich wahrnehmbar getrennt. Würde allerdings die Niederlassung in N. bloße Vorbereitungs- oder Vermittelungs- oder Hilfsgeschäfte seines Geschäfts in D. besorgen, so würde ihr die Selbständigkeit fehlen. Denn die feststehende Rechtsprechung spricht bei einem solchen Abhängigkeitsverhältnis einer Niederlassung mit Recht die Eigenschaft einer firmenfähigen Zweigniederlassung ab. In einem solchen Falle können um so weniger mehrere firmenfähige Hauptniederlassungen vorliegen. Allein in der Niederlassung in N. werden selbständig Geschäfte gemacht und zwar nicht bloß nebensächliche oder nach genau gegebenen Anweisungen schematisch zu erledigende, sondern auch für das Geschäft wesentliche mit einer gewissen Freiheit

der Entschließung für die Leiterin. Dadurch, daß die Waren in D. hergestellt und von dort versendet und daß dorthin die Gelder abgeliefert werden, wird die Selbständigkeit der Niederlassung in N. nicht beeinträchtigt, auch nicht dadurch, daß von einem Lager fertiger Waren in der Niederlassung zu N. nicht gesprochen werden kann, da die Waren erst nach Maß und auf Bestellung geliefert werden können, ein Vorrat also gar nicht möglich ist. Die Niederlassung in N. hat auch ein besonderes Geschäftsvermögen. Ein solches sind mindestens die ausstehenden Forderungen und die von der Handlungsgehilfin vereinnahmten noch nicht abgelieferten Kaufpreise, andrerseits die Schulden für Löhne und Miete. Die Höhe dieses Vermögens ist nicht von Belang. (Beschl. des I. ZS. v. 8. Nov. 1913, Reg. III 87/1913). W.

3183

II.

Begriff des Kleingewerbes. Voraussetzungen für die Annahme eines kaufmännischen Betriebs bei einem Fischhandelsgeschäfte. (HGB. §§ 2, 4; ADHGB. Art. 4, 10). Aus den Gründen: Das LG. meint, daß die Vorschriften des HGB. über die Firma auf M. K. nicht anzuwenden seien, weil sein Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehe (§ 4 HGB.). Als Maßstab dafür, ob ein Gewerbebetrieb den Umfang des Kleingewerbes überschreite, gelte nicht nur der Umfang des Geschäfts und die Höhe des Umsatzes, sondern auch die Art des Geschäftes. Der Senat teilt die Meinung, daß zum Begriffe des Kleingewerbes ein Gewerbebetrieb gehört, der sowohl wegen seines Umfanges als auch wegen seiner Art keine kaufmännische Einrichtung erfordert; der Begriff „Kleingewerbe" in § 4 HGB. ist im engsten Zusammenhange mit dem § 2 HGB. auszulegen, dieser aber spricht von einem Gewerbebetrieb, der nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Diese Ansicht ist herrschend (vgl. Staub 9. Aufl. Bd. I S. 67; Ritter S. 14; Düringer-Hachenburg S. 154; Brand S. 20, 29 u. a.).

Das Geschäft des K. ist eines der größten dieser Art in N., weist einen jährlichen Umsatz von ungefähr 90 000 M auf und verwendet ständig 4 Hilfskräfte. Es ist also nach seinem Umfang erheblich. Das LG. meint aber, die einfache Art, wie der große Umsatz erzielt werde, mache kaufmännische Einrichtung unnötig. Es beruft sich darauf, daß K. keinen eigentlichen Laden mit Schaufenstern und den bei großen Lebensmittelgeschäften üblichen gesundheitlichen Einrichtungen habe, daß er seine Fische in einer Art kleinen, offenen Altane verkaufe, die hinter seinem, abseits von allem Geschäftsverkehr in einer Nebengasse liegenden Hause über das vorbeifließende Gewässer hinausrage und einen äußerst beschränkten Eindruck mache. Allerdings können unter Umständen auch Betriebs-, Lager- und Geschäftsräume Anhaltspunkte für die Notwendigkeit kaufmännischer Betriebsweise geben. Es kommt aber darauf an, um welche Waren es sich handelt; für das Geschäft des K. ist ein am Wasser liegendes Haus am geeignetsten; er braucht bei seinem bekannten Geschäfte keinen Laden mit Schaufenstern; die Lagerung der Fische in solchen Fenstern ist ganz unzweckmäßig; der Verkauf in einem offenen Raume und in der Art, daß jeder Fisch frisch aus dem Wasser geholt wird, ist die beste gesundheitliche Einrichtung. K. hat das Haus um 45 000 M erworben, also ein bedeutendes Kapital verwendet; das spricht aber für die Notwendigkeit kaufmännischer Betriebsweise. Das LG. stützt sich vor allem darauf, daß K. seine Ware im wesentlichen gegen bar kaufe und verkaufe, nur die Hotels rechneten monatlich ab; Forderungen und Schulden seien so gut wie nicht vorhanden. Dies spricht nicht gegen die Notwendigkeit kaufmännischer Betriebsweise. K. hat einen großen Kreis von Lieferanten; wenn er auch im wesentlichen gegen bar kauft und verkauft, so macht er doch auch erhebliche Verkäufe an Hotels und Wirtschaften auf kurzen Kredit. Der ordnungsmäßige Betrieb erfordert hiernach kaufmännische Einrichtungen, insbesondere eine geordnete Buchführung; K. führt auch Bücher; ob diese den kaufmännischen Anforderungen genügen, ist gleichgültig. Denn entscheidend ist nicht, ob die Führung des Geschäfts durch den gegenwärtigen Inhaber, sondern ob der sachliche Befund eine kaufmännische Betriebsweise erforderlich macht.

K. darf hiernach eine Firma führen. Es fragt sich noch, ob er die eingetragene Firma „Heinrich M." führen darf. Das trifft zu, wenn es die Vorgänger des K., Simon M. und Heinrich M. durften und Heinrich M. beim Geschäftsübergang auf Simon M. und dieser beim Geschäftsübergang auf Michael K. in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigten. Das LG. verneint auch diese Fragen, weil Heinrich M. und Simon M. gleichfalls nicht firmenberechtigt gewesen seien. Jedoch mit Unrecht. Bezüglich des Heinrich M., der das Geschäft bis zum Jahre 1890 unter der Firma „Heinrich M." geführt hat, ist das ADHGB. anzuwenden. Nach dessen Art. 10 waren die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura auf Höker, Trödler, Hausierer u. dgl. Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe nicht anzuwenden. Die Auslegung der Worte: „u. dgl. Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb" war nicht unbestritten. Nach der einen Meinung war jeder Minderkaufmann i. S. des Art. 10, dessen Gewerbebetrieb einen geringen Umfang hatte; die andere Meinung verlangte auch noch eine Aehnlichkeit mit den Geschäften der Höker, Trödler und Hausierer. Nicht ganz zutreffend ist die Annahme in der Denkschrift zum HGB. vom 10. Mai 1897 (S. 15), daß sich die Worte: „u. dgl. Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb", nach übereinstimmender Ansicht der Wissenschaft und Rechtsprechung nur auf Personen beziehen, deren Gewerbebetrieb seinem Gegenstand nach mit den Betrieben der Höker, Trödler und Hausierer verwandt sei; für die andere Ansicht haben sich Thöl Bd. I § 39, Anschütz und Völderndorff Bd. I S. 679 ausgesprochen. Zu dieser Frage braucht aber keine Stellung genommen zu werden, da Heinrich M. weder nach der einen noch nach der anderen Richtung unter die Minderkaufleute fallen würde. Er verkaufte ⅞ seiner Fische in seinem Anwesen und nur an einem Tage der Woche ließ er seine Waren auch auf dem Markte feilbieten; es kann deshalb nicht davon gesprochen werden, daß sein Geschäft Aehnlichkeit mit dem eines Hökers hatte. Es handelte sich aber auch bei einem Umsatze von jährlich 10 000—12 000 M nicht um einen geringen Gewerbebetrieb. Heinrich M. war hiernach Vollkaufmann, er durfte eine Firma führen und wäre berechtigt und verpflichtet gewesen, sie in das Handelsregister eintragen zu lassen. Gemäß Art. 22 ADHGB. konnte er dieses Firmenrecht auf den Erwerber des Geschäfts übertragen ohne Rücksicht darauf, ob die Firma im Handelsregister eingetragen war oder nicht. (Beschl. des I. ZS. vom 10. Oktober 1913, Reg. III 65/1913). W.

3184

III.

Beschwerdegegenstand bei Beschwerden wegen Erteilung eines Erbscheins, wenn Grundstücke zum Nachlasse gehören. Sophie A. hat ihre 5 Kinder zu Erben eingesetzt jedem bestimmte Nachlaßgegenstände, insbesondere dem Sohne Paul vorweg die Villa in S. mit Nebengebäuden und sämtlichen hiezu gehörigen Grundstücken zugewendet. Nachdem die Beteiligten die Erbschaft angenommen hatten, beantragte Paul A. die Ausstellung eines Erbscheins darüber, daß er Erbe des gesamten Grundbesitzes in S. geworden sei, und gab den Wert auf 1 000 000 M an. Das Amtsgericht stellte den Erbschein in diesem Sinne für Paul A. aus;

der Grundbesitz wurde im Grundbuch umgeschrieben. Später beschloß das Amtsgericht, daß der dem Paul A. bezüglich des Grundbesitzes ausgestellte Erbschein eingezogen werde, weil er unrichtig sei. Die Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Den Wert des Beschwerdegegenstandes setzte das LG. auf 1000000 *M* fest. Auf die Beschwerde gegen die Wertsfestsetzung setzte das ObLG. den Wert auf 12000 *M* fest.

Gründe: Der Wert des Beschwerdegegenstandes ist hier nicht der Wert der Grundstücke, sondern maßgebend ist das Interesse, das der Beschwerdeführer an dem Erfolge der Beschwerde hat, und dieses Interesse besteht in der Ersparung der Kosten, die durch einen Auseinandersetzungsvertrag über den Grundbesitz in S. entstehen. Nach Art. 147 GebG. wird für Verträge über die Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses, soweit sie Grundstücke zum Gegenstand haben, die Gebühr von 1% der Gegenstandssumme, also aus 1000000 *M* 10000 *M* erhoben. Im Hinblick hierauf und auf die Notariatskosten ist es angemessen, den Wert des Streitgegenstandes auf 12000 *M* festzusetzen. (Beschl. des I. ZS. v. 5. Dez. 1913, Reg. III 104/1913).

3188 W.

IV.

Für die Rücksendung der bei der Revisionseinlegung vorzulegenden Ausfertigung des angefochtenen Urteils dürfen Postgebühren nicht erhoben werden (GKG. § 80 b). In einer Streitsache hat der Rechtsanwalt T. für die Beklagten Revision eingelegt und eine Ausfertigung des angefochtenen Urteils vorgelegt. Das ObLG. erklärte sich für zuständig. Dem von den Revisionsklägern für die Revisionsinstanz bestellten Rechtsanwalt wurde auf Antrag die vorgelegte Ausfertigung des Berufungsurteils von der Gerichtsschreiberei des ObLG. als portopflichtige Dienstsache zurückgesandt. Auf Erinnerung des Rechtsanwalts hin erklärte das ObLG. die Erhebung von Postgebühren für die Rücksendung als nicht gerechtfertigt.

Gründe: Nach § 1 GKG. werden in den vor die ordentlichen Gerichte gehörenden Rechtssachen, auf welche die ZPO., die StPO. oder die KO. anzuwenden sind, Gebühren und Auslagen der Gerichte nur nach dem GKG. erhoben. Im § 79 Nr 1 und 8 i. d F. der Nov. v. 1. Juni 1909 sind die zu erhebenden baren Auslagen aufgeführt. Die in § 79 Nr. 2 a. F. aufgeführten Postgebühren werden nicht mehr erhoben; dagegen werden nach § 80b n. F. zur Deckung der von den Parteien nicht zu ersetzenden baren Auslagen Pauschsätze erhoben, die Postgebühren werden also durch die Pauschsätze mit abgegolten (Sydow, GKG., 9 Aufl. Anm. 1 und 2 zu § 80 b). Diese Bestimmungen sind in bürgerlichen Streitigkeiten auf alle von dem Gerichte oder der Gerichtsschreiberei ausgehenden Postsendungen anzuwenden, soferne diese mit der anhängigen Streitsache zusammenhängen Dies ist bei der Rücksendung der mit der Revisionsschrift vorgelegten Ausfertigung des Urteils der Fall. Nach § 553a ZPO. soll mit der Revisionsschrift eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Urteils, sowie der Nachweis der Zustellung vorgelegt werden. Diese Vorschrift soll dem Gerichte die Prüfung ermöglichen, ob die Revision in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist (§ 554 a); die Abschrift ist dem Revisionskläger zurückzugeben (s. a. § 11 Abs. IV der GeschA. f. d. Gerichtsschreibereien der LG. in ZS. vom 2. März 1910 bezüglich der Rückgabe der gemäß § 518 Abs. 3 ZPO. vorgelegten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift; § 1 der GeschA. f. d. Gerichtsschreibereien der OLG. in ZS. vom 2. März 1910, JMBl. S. 480, 547). (Beschl. des II. ZS. v. 3. Dez. 1913, Reg. I 119/113). W.

3189

B. Strafsachen.

I.

Lustbarkeitssteuer. Was versteht man unter Veranstaltung einer öffentlichen Lustbarkeit? Der Schankwirt Sch. in H. spielte abends in seiner Wirtschaft mit zwei Gästen A und B Skat; sie machten um 10 Uhr eine Essenspause; bis A und B ihren Imbiß eingenommen hatten, spielte Sch. auf der Violine drei kleine volkstümliche Stücke und wurde auf sein Ansuchen von dem Gaste W., einem Berufsmusiker, unentgeltlich begleitet. An einem anderen Tische hatte ein Gast seinen Tischgenossen ein Fäßchen Bier zum besten gegeben; gegen 12 Uhr kam zu diesen ein weiterer Gast C, der, aus Gefälligkeit von W. auf dem Klavier begleitet, auf der Violine des Sch. ein Stück spielte. Um $12^1/_2$ Uhr entfernten sich alle Gäste. Sch. wurde angeklagt, daß er abends in seiner Wirtschaft eine musikalische Unterhaltung ohne Anzeige und Entrichtung der Armenabgabe veranstaltet und sich dadurch gegen § 1 der ortsp. Vorschrift der Stadt H. verfehlt habe. Sch. wurde freigesprochen. Die Revision des Staatsanwalts wurde verworfen.

Aus den Gründen: Maßgebend für die Pflicht zur Entrichtung örtlicher Abgaben und zur Anzeigeerstattung ist § 1 der Gemeindesatzung und § 1 der ortsp. Vorschrift, wonach für die „Veranstaltung öffentlicher Lustbarkeiten" örtliche Abgaben zu entrichten und von diesen Veranstaltungen Anzeige zu erstatten ist. Die Begriffe Veranstaltung und öffentliche Lustbarkeit dürfen nicht voneinander losgelöst, sondern nur in ihrem inneren Zusammenhange betrachtet werden. Der Ausdruck „Veranstalten" findet sich in Strafgesetzen (z. B. § 286 StGB., Art. 32 PStGB.), in der GewO. §§ 33a, 55 Abs. 1 Ziff. 4, 105i Abs. 1 und 154 Abs. 1 Ziff. 3; ebendaselbst und in § 33b GewO. außer in § 286 StGB. findet sich auch der Ausdruck Lustbarkeit. Nirgends sind diese Begriffe umschrieben; auch die Gemeindesatzung und die ortsp. Vorschrift enthalten keine Begriffsbestimmung. Die Satzung zählt zwar Beispiele auf, diese können aber nur dann Geltung beanspruchen, wenn die Ausdrücke „öffentlich", „Veranstaltung" und „Lustbarkeit" auf den Einzelfall zutreffen. „Oeffentlichkeit" ist gegeben, wenn die Veranstaltung nicht auf bestimmte Personen beschränkt, sondern jedermann zugänglich ist (ObLGSt. 12 S. 245 ff.). Als wesentliches Merkmal des Begriffs „Veranstaltung" darf nach der sprachlichen und rechtlichen Bedeutung angenommen werden, daß jemand dritten Personen auf irgendeine Weise die Absicht kundgibt, eine bestimmte, das Publikum berührende Handlung herbeizuführen oder ins Werk zu setzen. Von einer Veranstaltung kann somit dann nicht die Rede sein, wenn jemand etwas unternimmt ohne die Absicht, durch das Unternehmen in Beziehungen zum Publikum zu treten.

In der Entscheidung des BGH. vom 16. Dez. 1911 (Samml. Bd. 33 S. 62) ist ausgeführt, daß von den preußischen, sächsischen und hessischen obersten verwaltungsrichterlichen Instanzen aus dem Sprachgebrauch und der Verkehrssitte in Uebereinstimmung mit der Rechtslehre unter „Lustbarkeiten" solche Veranstaltungen, Darbietungen und Vorführungen zu verstehen sind, die nach der Absicht der Veranstaltenden dazu bestimmt und geeignet sind zu ergötzen und zu unterhalten. Der Senat erachtet diese Begriffsbestimmung für erschöpfend und zutreffend. Demnach kann von der „Veranstaltung einer Lustbarkeit" nicht gesprochen werden, wenn eine oder mehrere Personen einer augenblicklichen Eingebung oder Laune folgend zur Befriedigung ihres eigenen Empfindens ohne die Absicht, hiedurch andere Personen zu ergötzen und zu unterhalten, eine Handlung unternehmen, z. B. singen oder musizieren. In diesem Sinne hat sich auch das Kammergericht ausgesprochen (Recht Bd. 16 S. 212, DJZ. Bd. 17 S. 349).

Die von Sch. und W. einerseits, dann die von W. und C anderseits gespielten Musikstücke lagen schon zeitlich so weit auseinander, daß von einem inneren Zusammenhange, von einer einheitlichen Musikaufführung nicht die Rede sein kann. Darnach sind beide Musikvorträge gesondert zu prüfen. Sch. benützte die durch sein rascheres Essen geschaffene kurze Pause zwischen dem Abendimbiß und dem Wiederbeginne des Kartenspiels, um sich mit Hilfe des W. durch Spielen auf der Violine ein musikalisches Vergnügen zu bereiten; es lag nicht in seiner Absicht, die Gäste zu unterhalten und zu ergötzen. Die gleichen Gedanken und Absichten herrschten bei W. und C, als sie miteinander ein Stück spielten. Aus dem gleichen Grunde wie Sch. griff auch C zur Violine und W. begleitete ihn auf dem Klavier, um dessen Freude am Spiel voll zu machen. Fehlte mithin bei Sch. die Absicht, eine seine Gäste berührende Musikaufführung ins Werk zu setzen und durch sein Spiel die Gäste zu unterhalten und zu ergötzen, so ist die Annahme einer durch Sch. erfolgten Veranstaltung einer Lustbarkeit ausgeschlossen. Wäre die vom Staatsanwalt vertretene Auffassung von der Bedeutung und Tragweite des § 1 der Gemeindesatzung richtig, so müßte im Stadtbezirke H. für jeden Ausbruch einer heiteren Wein- oder Bierlaune, die sich in einem Gasthaus oder in einem sonstigen öffentlichen Vergnügungsraume durch Gesang oder Spiel kundgibt, die Anzeige erstattet und die Abgabe entrichtet werden. Daß der Gesetzgeber nicht solche Ergebnisse herbeiführen wollte, liegt auf der Hand. (Urt. v. 21. Okt. 1913, Rev.-Reg. Nr. 444/1913).[1] Ed.

3186

II.

Wandergewerbesteuergesetz. Bedeutung und Tragweite des Begriffs: „landwirtschaftliche Tätigkeit". Der in B. wohnhafte Angeklagte hat als Reisender der Firma W. in J. in mehreren Jahren in verschiedenen Orten des Amtsgerichtsbezirks M. ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne Bestellung bei Landwirten Bestellungen auf eiserne, von der Firma W. gefertigte und in den Handel gebrachte Backöfen aufgesucht. Er besaß eine Gewerbelegitimationskarte, aber keinen Besteuerungsnachweis nach Art. 7 HausStG. Das Schöffengericht sprach frei. Das LG. verurteilte auf Grund des Art. 16 des Gesetzes. Die Revision des Angeklagten drang durch.

Aus den Gründen: Das Aufsuchen von Bestellungen auf die von der Fima W. in den Handel gebrachten eisernen Backöfen war nach Art. 2 Ziff. 1 HausStG. und § 44 Abs. 3 GewO. der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen nicht unterworfen, weil die zum Kauf angebotenen Backöfen Waren sind, die in dem Geschäftsbetriebe der Landwirte verwendet werden. Unter den Begriff des Geschäftsbetriebs i. S. des § 44 Abs. 3 GewO. fällt auch die auf Erzielung von Gewinn gerichtete landwirtschaftliche Tätigkeit (Slg. XI S. 264). An der von der Strafkammer und von dem Senat in dem bezeichneten Urteile vertretenen Auffassung, daß landwirtschaftliche Tätigkeiten nur solche sind, die unmittelbar der Erzeugung von Früchten, von Vieh und von Milch usw. dienen, kann bei erneuter Prüfung nicht ohne eine gewisse Einschränkung festgehalten werden. Die auf Erzielung von Gewinn gerichtete landwirtschaftliche Betriebstätigkeit ist mit der Erzeugung von Früchten, Vieh und Milch nicht abgeschlossen, zu ihr muß vielmehr auch jede Tätigkeit gezählt werden, die auf Erhaltung, Veredelung und nutzbringende Verwertung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse abzielt. Denn erst hiedurch wird der Endzweck der berufsmäßig ausgeübten Landwirtschaft erreicht, nämlich Gewinn durch die Bewirtschaftung des Bodens zu erzielen. Dem landwirtschaftlichen Geschäftsbetriebe muß daher zugerechnet werden z. B. die Umwandlung von Milch in Butter, Butterschmalz und Käse, die Erzeugung von Fruchtbranntwein oder Spiritus aus den im Betriebe der Landwirtschaft gewonnenen Früchten, das Erhalten von Obst durch Dörren, kurz jede Tätigkeit, die den landwirtschaftlichen Betrieb für den Inhaber zu einem nutzbringenderen gestalten soll. Deshalb kann auch das Backen von Brot aus Getreide, das der Landwirt gewonnen hat, eine zum landwirtschaftlichen Betriebe gehörige Tätigkeit sein. Denn auch diese Tätigkeit soll unmittelbar den Betrieb der Landwirtschaft nutzbringender machen. Wenn selbstgewonnenes Getreide zum Backen von Brot verwendet wird, so wird nach den Erfahrungen des Lebens eine größere Menge Brot hergestellt, als mit dem durch den Verkauf der gleichen Menge Getreide erzielten Preise gekauft werden kann. Daran wird nichts dadurch geändert, daß das Backen von Brot im eigenen Backofen nicht gerade der Landwirtschaft eigen, sondern auch bei anderen Berufsklassen gebräuchlich ist. Das Backen von Brot aus selbstgewonnenem Getreide fällt also in den Rahmen des landwirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. Es kann nicht darauf ankommen, ob die Landwirte, die der Angeklagte besucht hat, alle wirklich ihr Brot aus selbst gewonnenem Getreide backen. § 44 GewO. gestattet das Aufsuchen von Warenbestellungen bei Personen, in deren Geschäftsbetriebe Waren der angebotenen Art verwendet werden. Diese Vorschrift ist dahin auszulegen, daß es genügt, wenn Waren der angebotenen Art im allgemeinen in dem Geschäftsbetriebe der Person verwendet werden, die zum Aufsuchen einer Bestellung besucht wird; es kommt nicht darauf an, daß sie in einzelnen Fällen in dem Geschäftsbetrieb ausnahmsweise nicht verwendet werden. Es genügt, daß es im allgemeinen in getreidebauenden Gegenden bei den Landwirten gebräuchlich ist, das für den Haushalt und für die Dienstleute nötige Brot aus selbstgewonnenem Getreide selbst zu backen. Darnach ist der Gewerbebetrieb des Angeklagten der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen nicht unterworfen. (Urt. vom 25. Oktober 1913, Rev.-Reg. Nr. 488/1913). Ed.

3185

III.

Das Schankrecht der Bierbrauer nach Art. 9 lit. b Ziff. 1 des bayer. GewG. v. 30. Januar 1868. (Siehe diese Zeitschrift 1912 Nr. 16/17 S. 322 und Nr. 19 S. 377). Die Angeklagte wurde in III. Instanz freigesprochen.

Aus den Gründen: Die Entstehungsgeschichte des Art. 9 lit. b Ziff. 1 des Ges. v. 30. Januar 1868 zeigt einerseits die Absicht, die Schankbefugnis der Brauer eher zu erweitern als einzuschränken (vgl. ObLGSt. 2 S. 72; Bd. 5 S. 135; Bd. 9 S. 187), anderseits führt sie dazu, daß bei der Beurteilung der Ausschankberechtigung der Brauer von dem Grundsatze der Gewerbefreiheit ausgegangen werden muß und nicht auf den früheren Rechtszustand oder die geschichtliche Entwicklung eines Brauereiunternehmens zurückgegriffen werden darf. Bei der Entscheidung der Frage, ob die Angeklagte das von ihr gebraute Bier auf ihrem Anwesen ausschenken darf, ist nicht davon auszugehen, ob das ausgeschenkte Bier ein eigenes Erzeugnis der Angeklagten ist, sondern davon, ob die Angeklagte Brauer im gesetzlichen Sinn ist. Nur der Brauer hat die konzessionsfreie Ausschankbefugnis und diese Befugnis ist auf sein eigenes Erzeugnis beschränkt. Die Angeklagte ist Brauer i. S. des Gesetzes. Die Generalstaatsanwaltschaft hält der Revision entgegen, daß Brauer ist, wer das Brauereigewerbe selbständig „mit eigens für ihn" bestimmten Einrichtungen und Vorrichtungen betreibt. Dieser Satz gilt zweifellos für die Fälle, in

---

[1] Anmerkung des Herausgebers. Der Entscheidung ist durchaus beizustimmen. Sie ist aber auch um deswillen lehrreich, weil sie zeigt, mit welchen Nichtigkeiten oft die Gerichte bis hinauf zur höchsten Instanz belästigt werden. Auch um eines angeblichen „Verwaltungsinteresses" willen sollte ein solcher Fall nicht bis an das Oberste Landesgericht hinaufgetrieben werden, am wenigsten in einer Zeit, in der alles nach Geschäftsvereinfachung ruft!

denen *eine* physische Person als Alleineigentümerin der Einrichtungen und Vorrichtungen die Brauerei auf eigene Rechnung betreibt; es ist nur *ein* Brauer i. S. des bürgerlichen Rechtes und i. S. des Gewerbewesens vorhanden. Stirbt der Alleineigentümer und setzen mehrere Erben als seine Rechtsnachfolger den Betrieb auf gemeinschaftliche Rechnung fort, so steht ihnen nur ein Recht i. S. des Gewerbewesens aber in ihrer Gesamtheit zu. Wird eine Brauerei von einer Gesellschaft oder juristischen Person auf gemeinsame Rechnung betrieben, so liegt nur ein Betrieb für *eine* wirtschaftliche Rechnung vor, daher auch nur *ein* Brauer i. S. des Gewerbewesens. Für die eine Verbandspersönlichkeit gelten die Vorschriften des öffentlichen Rechtes, soweit nicht durch die besondere Natur der Persönlichkeit Ausnahmen notwendig sind; solche Ausnahmen gelten selbstverständlich nicht für den Betrieb und für die bei dem Betriebe beschäftigten Personen.

Die Gesetze des bürgerlichen Rechtes gestatten, daß sich mehrere physische Personen zum Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens und zur Erzielung von Gewinn aus ihm vergesellschaften. Im Falle der Auflösung geht zumeist die bisherige Verbandspersönlichkeit unter. Setzt ein Teil der Genossen das Unternehmen auf seine Rechnung fort, so entsteht in der Regel eine neue Verbandspersönlichkeit; die neue Form des Unternehmens ist maßgebend, wie für das bürgerlichrechtliche Verhältnis der Genossen nach innen und außen, so auch für die gewerberechtliche Seite. Nach bürgerlichem Rechte ist es zulässig, daß die Teilnehmer (Genossen, Gesellschafter) einer „Sozietätsbrauerei" eine nur teilweise Auflösung der bisherigen Betriebs- und Erwerbsform vereinbaren. Die Teilnehmer können nur ein Stück der bisherigen Gemeinschaft aufheben und die Gemeinschaft bezüglich eines anderen Stückes fortsetzen. Eine solche Auseinandersetzung findet ihren schärfsten Ausdruck dann, wenn der bisher gemeinschaftliche Betrieb durch Sonderbetriebe und Sondererwerbe ersetzt wird und nur eine Art Betriebsmittelgemeinschaft insofern übrig bleibt, als gewisse Einrichtungen und Vorrichtungen, die bisher dem gemeinsamen Betrieb dienten, nunmehr dem Sonderbetrieb und Sondererwerb — unter Fortdauer des gemeinsamen Eigentums — dienstbar gemacht werden. Ist eine solche Betriebs- und Erwerbsform nach bürgerlichem Rechte zulässig, so kann auch nicht daran gezweifelt werden, daß sie unter Umständen eine wirtschaftlich gerechtfertigte Maßregel ist. Ja, es ist denkbar, daß die bisherigen Gesellschafter zu einer beschränkten Aufteilung und Auseinandersetzung unter dem Druck einer wirtschaftlichen Zwangslage gekommen sind und daß sie ohne diese eine restlose Auflösung vorgezogen hätten.

Es wird zuzugeben sein, daß Beteiligte unter Umständen eine solche Aenderung der bisherigen Verhältnisse vorgenommen haben, um rechtswidrige Ziele zu erreichen. Sollte dies die Absicht gewesen sein, z. B. die Absicht vorgelegen haben, unter der Form der „Auflösung" und der „Schaffung neuer selbständiger Betriebe" vermehrte Rechte zum Betriebe neuer Bierschankstellen zu begründen, so wird einem solchen Treiben leicht begegnet werden können. Wo aber Anhaltspunkte dafür fehlen, daß eine Aufteilung mit dem Ziele rechtswidriger Erfolge geschah, wo vielmehr alle Anzeichen dafür vorhanden sind, daß die Beteiligten aus guten wirtschaftlichen Erwägungen einen Gemeinschaftsbetrieb durch Sonderbetriebe ersetzt und nur die Einrichtungen und Vorrichtungen zu gemeinsamem Eigentume zurückbehalten haben, da ist die Frage gerechtfertigt, ob einem solchen Unternehmen, das nach bürgerlichem Rechte zulässig und wirtschaftlich mit guten Gründen unterstützt ist, nicht auch die gewerberechtlichen Vorschriften zustatten kommen sollen. Bei der Prüfung dieser Frage ist zuzugeben, daß als Brauer im Regelfalle zu gelten hat, wer die Brauerei mit eigens für ihn bestimmten Einrichtungen und Vorrichtungen betreibt und daß der zur Entscheidung stehende Fall von diesem Regelfall in manchem Stück abweicht und einer gewissen Eigenart nicht entbehrt. Aber der Richter wird zu prüfen haben, ob einer bestimmten Erscheinung des wirtschaftlichen Lebens, auch wenn sie von den Erscheinungen des Regelfalls abweicht, nicht doch ein Raum und eine Daseinsberechtigung innerhalb der Rechtsordnung zugewiesen werden kann.

Das Gesetz will, die Gewerbebehörde kann nicht verhindern, daß der Brauer sein selbsterzeugtes Bier ausschenkt; es sind also insoweit Schankstellen zulässig, als es Brauer gibt, die je im bezeichneten Raume das eigene Erzeugnis ausschenken. Man kann also nicht wohl davon reden, daß die Ausnahmevorschrift des Art. 9 streng auszulegen sei. Darüber schweigt das Gesetz, daß das Bier von dem „Erzeuger" nur ausgeschenkt werden dürfe, wenn es auf einer ihm gehörenden Braustätte erzeugt ist; der Satz, daß Brauer ist, wer das Brauereigewerbe selbständig mit „eigens für ihn" bestimmten Einrichtungen und Vorrichtungen betreibt, trägt in das Gesetz mit den Worten „eigens für ihn" etwas hinein, was wohl dem Regelfalle entspricht, aber als gesetzliches Erfordernis des Ausschankrechts doch erst zu erweisen ist. Wie schon oft, hat auch hier das Leben zu Ausnahmen geführt, deren Berechtigung auch die Gewerbepolizeibehörden anerkennen mußten. War ein Brauer aus irgendeinem Grunde (Brandfall u. dgl.) verhindert, auf seiner Braustätte Bier zu erzeugen, so kam es vor, daß ein anderer Brauer ihm gestattete, in seiner Braustätte (mit eigenem Personal, aus eigens von ihm beigeschafften Stoffen) Bier zu erzeugen, das dann der Erzeuger, nachdem es in seinen Kellern der Reife zugeführt worden war, in seinem Lokal ausschenkte, ohne von der Behörde beanstandet zu werden.

Würdigt man den vorliegenden Fall an der Hand der Feststellungen und der Verhältnisse, wonach ein Teil der vorhandenen Einrichtungen und Vorrichtungen dem P. und der Angeklagten gemeinsam ist i. S. des bürgerlichen Rechts, aber im betriebstechnischen Sinne doch wieder für den Sonderbetrieb beider eigens besteht, ein anderer Teil der Einrichtungen und Vorrichtungen, der für die Erzeugung des Bieres unentbehrlich ist, im gesonderten Eigentume steht, jeder der Beteiligten einen Sonderbetrieb zu Zwecken des Sondererwerbs unternimmt, so ist nicht einzusehen, warum nicht jeder als Brauer i. S. des Gesetzes gelten könnte. Gegen diese Auffassung spricht nicht: 1. das Urteil des OLG. München vom 31. Juli 1884 (3 S. 175, s. a. 6 S. 433, 7 S. 365); hier hat ein „Konsortium" ein Kommunbrauhaus gekauft; die Mitglieder der Genossenschaft werden im Urteile als „Gesellschafter" bezeichnet; 2. die Entscheidung des VGH. vom 30. Januar 1889 (XI S. 49), die von einer Mehrheit von Personen spricht, die ein gemeinsames Brauereianwesen zum Zwecke der Biererzeugung erworben hat. Hier ist nur ein Teil gemeinsam und steht zur Entscheidung, ob das, was gemeinsam ist, den Sondererwerb und Sonderbetrieb trotz alledem zu einem gemeinschaftlichen stempeln kann. Die Annahme, daß der Angeklagten und dem P. nur ein „ungeteiltes Braurecht" zustehe, kann auch nicht auf das Reskript vom 8. Juli 1803 oder auf den Beschluß des Landgerichts K. vom 17. Oktober 1861 gestützt werden. Mochte auch durch jenes Reskript den drei Ansteigerern der Klosterbrauerei nur *ein* Braurecht verliehen worden sein und vom Landgerichte K. die im Beschlusse vom 17. Oktober 1861 ausgesprochene Anschauung auf dieses Reskript gestützt worden sein; so hängt doch seit der Geltung des Ges. v. 30. Januar 1868 und der GewO. (§ 1) die Berechtigung, Bier zu brauen, nicht mehr von einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis ab. Seit der Geltung dieser gewerberechtlichen Vorschriften können die Angeklagte und P. die Bierbrauerei ohne die Erlaubnis der Gewerbepolizeibehörde betreiben. (Urt. v. 11. Nov. 1913, Rev.-Reg. Nr. 459/1913).

3187 Ed.

Oberlandesgericht München.

I.

Unzulässigkeit der Rechtshilfe (§§ 159 GVG., 2 FGG.). Nach dem Ableben des Schmiedmeisters B. in N. wurden die Akten nach Anhörung der Erben mangels Rücklasses weggelegt. Als aber ein Vollstreckungsgläubiger auftrat und einen Erbschein verlangte, erkannten die am Sitze des Nachlaßgerichts anwesenden Erben an, daß die Erbschaft wegen Fristablaufs als angenommen gelte und beantragten Inventarerrichtung. Die auswärtigen Erben sollten hierzu im Rechtshilfewege einvernommen werden. Der Miterbe Franz B. schloß sich beim AG. M. auch den Erklärungen der früher Vernommenen an; der weitere Miterbe Friedrich B. in St. erschien trotz wiederholter Aufforderung des dortigen Amtsgerichts nicht. Nunmehr ersuchte das Nachlaßgericht um dessen Ladung als Zeugen „über den Akteninhalt" unter Strafandrohung. Das AG. St. lehnte dies ab und die Beschwerde des AG. N. blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Die Verweigerung der Rechtshilfe ist zutreffend begründet. Allerdings hat das ersuchte Gericht die Notwendigkeit des Ersuchens nicht nachzuprüfen. Unzulässig ist es aber auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, einen Beteiligten als Zeugen zu vernehmen und als beteiligt ist jeder Miterbe anzusehen, auch wenn ein Gläubiger den Antrag auf Erbschein gestellt hat (Josef, Komm. z. FGG. zu § 15; vgl. KGJ. Bd. 29 S. 78). Auf dem gleichen Standpunkt steht auch Haberstumpf, Nachlaßbehandlung S. 40, welche Stelle das Amtsgericht N. für sich anführt; denn dort heißt es ausdrücklich, daß „dritte Personen" als Zeugen vernommen werden können und dem Gerichtszwang unterliegen. — Um etwas anderes als die Erbscheinserteilung handelt es sich offensichtlich bei der Vernehmung nicht, da die Akten bereits weggelegt waren und das Verfahren nur wegen des Erbscheinsantrags wieder in Lauf gekommen ist. Soweit aber allenfalls die Nachlaßbehandlung als solche, insbesondere das Inventar in Frage kommt, kann B. erst recht nicht Zeuge sein (§ 2063 BGB.). Dies ergibt sich insbesondere aus der Erklärung, die der Miterbe Franz B. vor dem Amtsgericht M. abgegeben hat; über die gleichen Punkte will offenbar das Amtsgericht N. auch eine Erklärung des Friedrich B. haben. Dies sind aber lauter Parteierklärungen. Die Gebührenfreiheit dieses Beschlusses folgt aus § 47 GKG. mit Art. 39 GebG. (vgl. SeuffBl. Bd. 77 S. 293). (Beschl. vom 19. August 1913, Beschw.-Reg. Nr. 516/13).
3101 N.

II.

Kostenhaftung des Nachlaßverwalters einer armen Partei (§§ 114 ff. ZPO.). Der Malermeister K. starb während eines im Armenrecht geführten Rechtsstreits auf Entschädigung gegen das Eisenbahnärar, nachdem er Zwischenurteil auf Bejahung des Anspruchsgrunds erlangt hatte. Der über seinen Nachlaß bestellte Verwalter schloß sodann vor dem Gericht I. Instanz einen Vergleich auf 21 000 *M* Abfindung und gegenseitige Kostenaufhebung. Alsbald erließ das Landgericht einen Beschluß, wonach dem Nachlaßverwalter das Armenrecht „entzogen" wurde, weil ihm dieses Recht gesetzlich nicht zukomme. Nunmehr berechnete der Gerichtsschreiber II. Instanz die Hälfte der gesamten Gerichtskosten auf die Klagepartei und forderte den Nachlaßverwalter zur Zahlung auf. Dieser erhob Erinnerungen, denen auch insofern stattgegeben wurde, als das OLG. den Kostenansatz zu Lasten des Nachlaßverwalters „dermalen" insoweit für unzulässig erklärte, als es sich um Kosten für Prozeßakte handelte, die bereits vor der Streitaufnahme durch den Nachlaßverwalter lagen.

Aus den Gründen: Die Behandlung als Feriensache erschien zur Beschleunigung der Nachlaßabwicklung angemessen (§§ 202 ff. GVG.); die Erinnerungen sind auch sachlich begründet. Es kann derzeit dahingestellt bleiben, ob die Kostenaufhebung im Vergleich vom 26. April 1913 etwa nach Vernehmung der damals anwesenden Beteiligten wirklich mit der Einschränkung ausgelegt werden kann, die ihr das Erstgericht geben will (nämlich auf die Kosten seit Bestellung der Nachlaßverwaltung) und wie diese Auslegung mit § 98 ZPO. und §§ 86, 89 GKG., sowie mit dem Begriff der Rechtsnachfolge vereinbar ist. Jedenfalls können die vor der Aufnahme durch den Nachlaßverwalter entstandenen, dem verstorbenen Kläger gestundeten Kosten von dem Nachlaßverwalter nur kraft ausdrücklichen Nachzahlungsbeschlusses (§ 125 ZPO.) angefordert werden. Ein solcher Beschluß ist formell geboten, obwohl dem Nachlaßverwalter als solchem aus Rechtsgründen das Armenrecht überhaupt nicht bewilligt werden kann; der Entziehungsbeschluß I. Instanz steht dem nicht gleich, bedeutet vielmehr nach der Sachlage nur die Feststellung des Erlöschens des Armenrechts I. Instanz für die Zukunft. Solange ein solcher Nachzahlungsbeschluß, für den die I. Instanz allein zuständig ist, mangelt, ist der beanstandete Kostenansatz auch für die II. Instanz unzulässig. (Beschl. vom 22. August 1913, L 450/08). N.
3102

III.

Kein Armenrecht zwecks Anerkenntnis (§ 114 ZPO.). Der Dienstknecht Michael St. verklagte seinen Großvater auf Zahlung von 1000 *M* Entgelt für langjährige Hausdienste, zahlbar laut ausdrücklichen Versprechens bei Anwesensverkauf. Der Vater des Klägers bestätigte unbeeidigt das Versprechen; gleichwohl wies das Landgericht mangels genügenden Beweises die Klage ab. Während des Laufes der Berufungsinstanz starb der Verklagte und wurde von seinen drei Söhnen, darunter dem Vater des Klägers, beerbt. Dieser suchte um das Armenrecht nach, weil er den Anspruch seines Sohnes im Gegensatz zu den anderen Miterben zur Vermeidung weiterer Kosten anerkennen wolle, dies aber ohne Anwalt nicht könne. Das Gesuch wurde abgewiesen.

Aus den Gründen: Das Armenrecht setzt nach § 114 ZPO. eine nicht aussichtslose „Rechtsverteidigung" voraus. Der Gesuchsteller will sich aber nicht verteidigen, sondern den Anspruch vorbehaltslos anerkennen und mittels des nachgesuchten Armenrechts nur den Unterschied zwischen den Kosten eines Versäumnis- und eines Anerkenntnisurteils ersparen. Dazu bedürfte er allerdings eines Anwalts (§ 78 ZPO.); allein ein solches Anerkenntnis fällt nicht unter den Begriff der Rechtsverteidigung, mag man ihn auch noch so weit ausdehnen und es kann ihm hiezu ein Anwalt nicht beigeordnet werden. Der Gesuchsteller hat übrigens in der vollstreckbaren Urkunde des § 794 Nr. 5 ZPO. in Verbindung mit dem Urkundenarmenrecht (Art. 53 NotG. mit Art. 4 GebG.) einen Ausweg, der das Prozeßarmenrecht entbehrlich macht. (Beschl. vom 3. Nov. 1913, Armen-Reg. 338/13 I). N.
3149

IV.

Begriff der Vollstreckungskosten (§§ 788, 106 ZPO.). Dem Möbelfabrikanten W. war durch einstweilige Verfügung eine Anzahl unlauterer Reklamemittel bei Meidung einer Geldstrafe von 1500 *M* verboten worden. Da er gleichwohl diese Reklame weiter trieb, erging gegen ihn Strafbeschluß in Höhe von 1500 *M*. Inzwischen wurde auf Berufung das Verbot teilweise aufgehoben und auf Beschwerde die Strafe entsprechend herabgesetzt; in beiden Entscheidungen wurden die Kosten entsprechend verteilt. Bei der Kostenfestsetzung beanspruchte der Beklagte auch solche Auslagen, die ihm durch Befolgung nicht aufgehobener Verbote entstanden waren, insbesondere durch Ueberkleben einzelner Worte in seinen Plakaten und Katalogen. Diese Kosten blieben unberücksichtigt und die Beschwerde war erfolglos.

Aus den Gründen: Es ist kaum verständlich, wie die Klagepartei den Versuch machen kann, als Prozeßkosten im Quotenverfahren Papierauslagen festsetzen zu lassen, die nur durch ihre strafbare Zuwiderhandlung gegen das Urteil erforderlich wurden und weder unter die Quotenteilung des Urteils noch die des Beschwerdebeschlusses fallen. Die Grundlosigkeit dieses Verlangens tritt besonders klar hervor, wenn man erwägt, daß nicht einmal die durch ungerechtfertigte Vollstreckung entstandenen Schäden im Wege der Kostenfestsetzung gegen den Gläubiger beitreibbar sind (§ 788 Abs. 2 ZPO.). (Beschl. v. 21. Nov. 1913, Beschw.-Reg. Nr. 743/13). N.

3179

V.

Auslagen für Lichtbilder und Ortsbesichtigung als Prozeßkosten (§ 91 ZPO.). In einem Rechtsstreit bezichtigten sich beide Parteien gegenseitig unlauterer Reklame und legten Photographien der Geschäftsräume und beanstandeten Plakate vor. Auch besichtigte der Prokurist des Beklagten eine als Möbelfabrik bezeichnetes Geschäft des Klägers in Württemberg. Die Festsetzung der dadurch verursachten Kosten (rund 60 + 50 *M*) wurde vom LG. und OLG. gebilligt.

Aus den Gründen: Die Beschaffung der beanstandeten Lichtbilder hat die Erledigung des Rechtsstreits wesentlich und zwar in einer Weise gefördert, wie sie z. B. hinsichtlich der Ausdehnung, Raumverteilung und Fensterzahl auch nicht annähernd durch kostspielige Vernehmungen zu erreichen gewesen wäre; ähnliches gilt hinsichtlich der Möbelfabrik in St. (Württemberg). Auch die persönliche Einsicht in diese Fabrik durch einen Beauftragten des Beklagten war zur Ersparung weitwendiger sonstiger Maßnahmen durchaus sachgemäß; am allerwenigsten brauchte sich der Gegner davon durch die Erwägung abhalten lassen, der Klageteil werde diese Verhältnisse ohnehin wahrheitsgetreu angeben. Mit der Vorlegung von Lichtbildern in größerem Maßstab ist übrigens die Klagepartei sogar vorangegangen. Die Zugehörigkeit dieser Auslagen zu den Prozeßkosten ist nicht zu beanstanden und ihre Höhe glaubhaft. (Beschl. v. 21. Nov. 1913, Beschw.-Reg. Nr. 741/13). N.

3180

Oberlandesgericht Nürnberg.

Ablehnung eines Schiedsrichters, rechtliches Gehör der Parteien vor dem Schiedsgerichte (§§ 1032, 42 ff., 1034, 1041 ZPO.). Aus den Gründen: Wie ein Richter kann nach § 1032 I auch ein Schiedsrichter wegen Besorgnis der Befangenheit gemäß § 42 ZPO. abgelehnt werden, d. h. wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Der Kläger gab als solchen Grund an, daß der Schiedsrichter B. ihm am Tage vor der Erlassung des Schiedsspruchs bei einer schiedsgerichtlichen Ortbesichtigung vorgeworfen habe, „er sei ein Pfuscher, der nichts verstehe, er solle das Bauen gehen lassen, wenn er es nicht verstehe“, ferner daß B. in einem früheren Rechtsstreite des Klägers gegen einen Verwandten des B. Sachverständiger gewesen und auch dort mit ihm hintereinandergekommen sei. Letztere Tatsache kann nach § 43 ZPO. als Ablehnungsgrund nicht mehr geltend gemacht werden; denn der Kläger hat schon vor dem Schiedsrichter B. verhandelt, ohne diese ihm bekannt gewesene Tatsache als Ablehnungsgrund geltend zu machen. Darauf, daß der Kläger erst durch seinen Vertreter im schiedsrichterlichen Verfahren darüber aufgeklärt wurde, es bilde das frühere Verhalten des Schiedsrichters B. einen Ablehnungsgrund, kommt es nicht an; denn die Tatsache, in welcher der Ablehnungsgrund gefunden werden soll, war dem Kläger längst vor dem Beginne des schiedsrichterlichen Verfahrens bekannt und nur das ist wesentlich. Ob der Kläger die Bedeutung der Tatsache sofort gekannt, oder erst später erfahren hat, ist gleichgültig. Der Vorfall bei der Ortsbesichtigung bildet keinen Ablehnungsgrund; der Schiedsrichter B. hat nur in etwas heftiger Weise seine Anschauung über den Fall kundgegeben. Das rechtfertigt die Besorgnis der Befangenheit ebensowenig, wie es Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines staatlichen Richters rechtfertigen würde, wenn dieser in der Verhandlung seine Ansicht über den wahrscheinlichen Ausgang eines Prozesses äußern würde. Die Ablehnung des Schiedsrichters B. ist sohin unbegründet; ein unfähiger Schiedsrichter hat demnach bei dem Schiedsgerichte nicht mitgewirkt, eine Unzulässigkeit des Verfahrens (§ 1041 Nr. 1 ZPO.) liegt insoweit nicht vor (JW. 1909, 55[24]).

Das Gesetz enthält keine Vorschriften darüber, in welcher Weise die Schiedsrichter die Verpflichtung, den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren, zu erfüllen haben; in Ermanglung einer Parteivereinbarung ist das Ermessen der Schiedsrichter maßgebend. Der Vorschrift des § 1034 ZPO. ist Genüge geleistet, wenn den Parteien die Gelegenheit geboten wird, alles vorzubringen, was sie zur Wahrung ihrer Rechte für erforderlich erachten. Im schiedsrichterlichen Verfahren ist das Erfordernis des rechtlichen Gehörs weniger streng zu nehmen als im ordentlichen Prozeßverfahren. Außerdem ist es Sache der Parteien im schiedsrichterlichen Verfahren, in ihren Erklärungen, zu denen sie im Beginne des Verfahrens oder später Gelegenheit haben, das gesamte Sach- und Rechtsverhältnis zu berücksichtigen und auch auf vorsorgliche Gesichtspunkte einzugehen. Die Parteien können nicht beanspruchen, über eine jede von dem Schiedsgerichte ermittelte oder von Anfang an bekannte Tatsache eine Mitteilung zu erhalten und sich hierüber in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht zu äußern. Wenn eine Partei von dem Schiedsgerichte gehört war, so braucht sie zur Beweisaufnahme nicht zugezogen und auch darnach nicht nochmals gehört zu werden (RG. 47, 427; BayObLG. 6, 382; JW. 1905, 54[31] und 157[46]; 1910, 70[25]; Rechtspr. OLG. 21, 125). Der Schiedsspruch kann hiernach auch nicht auf Grund des § 1041 Nr. 4 ZPO. aufgehoben werden. (Urt. des II. ZS. v. 3. Juni 1913, L. 39/13). B—r.

3141

Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs.

Ausübung der Jagd auf ausmärkischen Bezirken. Die „ausmärkischen Bezirke“ i. S. des Art. 3 Abs. 2 GemO. gaben von jeher zu Streitfragen darüber Anlaß, wem auf ihnen das Jagdausübungsrecht zusteht. Als zweifellos wurde stets anerkannt, daß auf solchen ausmärkischen Bezirken, welche den Erfordernissen des Art. 2 JagdG. entsprechen, dem Eigentümer des ausmärkischen Bezirks die Befugnis zur Ausübung des Jagdrechts zukommt (vgl. Pollwein, Das Gesetz, die Ausübung der Jagd betr., Anm. I 1 zu Art. 4). Ebenso war man darüber einig, daß auf ausmärkischen Bezirken, welche die Eigenschaft eines Einschlußgebietes i. S. des Art. 3 JagdG. an sich tragen, der Eigentümer des umschließenden Gutskomplexes das Jagdrecht ausübt. Die Streitfrage, wem auf ausmärkischen Bezirken, die weder unter Art. 2 noch unter Art. 3 JagdG fallen, das Jagdausübungsrecht zusteht (vgl. Pollwein a. a. O., Anm. I 1 zu Art. 4) wurde in dem Beschluß des VGH. Bd. 28 S. 200 endgültig dahin entschieden, daß auf ihnen der Eigentümer zur Ausübung befugt ist, weil das Gesetz ein Ruhen des Jagdrechts nicht kennt und die politische Gemeinde nach Art. 4 JagdG. nicht in Frage kommen kann.

Diesen Grundsatz eignet sich auch eine neue Ent-

scheidung des I. Senats vom 1. Oktober 1913 an (Samml. Bd. 34 Nr. 49 S. 246), indem sie zugleich an der in Bd. 22 S. 210, Bd. 28 S. 201, Bd. 7 S. 48, Bd. 24 S. 394 ausgesprochenen Anschauung festhält, daß auf solchen Gebieten eine Gemeinde das Jagdausübungsrecht auch nicht dadurch erwerben kann, daß sie entgegen den gesetzlichen Bestimmungen das Jagdrecht durch Verpachtung ausübt. Andrerseits aber betont die Entscheidung, daß dem Eigentümer eines ausmärkischen Bezirks, selbst wenn dieser den Erfordernissen des Art. 2 JagdG. nicht gerecht wird, zwar auf diesem Gebiete, eben mangels eines anderen berechtigten Subjekts, die Jagdausübung zusteht, daß aber der ausmärkische Bezirk, dessen Eigentümer auch auf dem von seinem Eigentum umschlossenen Gebiet (Inklaven i. S. des Art. 3 JagdG.) die Ausübung des Jagdrechts beansprucht, den Erfordernissen des Art. 2 JagdG. entsprechen muß. Hier gilt es nicht, eine Lücke des Gesetzes auszufüllen, hier ist ein auf dem eingeschlossenen Grundstück zur Jagdausübung berechtigtes Subjekt vorhanden, dem sein Recht nach der klaren und unzweideutigen Fassung des Gesetzes nur geraubt wird, wenn die in Betracht kommende Grundfläche „von einem solchen Gutskomplexe", also einem in Art. 2 beschriebenen Gutskomplexe umschlossen ist. Eine entsprechende Anwendung des Gesetzes ist nicht angängig, wo der Wortlaut des Gesetzes klar ist und eine entsprechende Anwendung durch Schaffung neuer Rechtsnormen dem Gesetzgeber vorgreifen würde (Samml. Bd. 20 S. 84). Daß durch eine solche zwingend gebotene Auslegung des Art. 3 JagdG. sehr kleine, zerstreut liegende Jagdgebiete geschaffen werden können, ist eine unvermeidbare Folge (Pollwein a. a. O. S. 55, 59, 7. Auflage, Art. 5 JagdG., Samml. Bd. 28 S. 200); für diesen Punkt kann Abhilfe nach Art. 5 II und 6 JagdG. getroffen werden. B.

Bücheranzeigen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erläutert von **Georg Hoffmann, Erler, Burlage, Busch, Dr. Ebbecke, Riehl, Schaffeld und Schmitt**, Reichsgerichtsräten. 2. vermehrte Auflage. 3 Bände (862, 543 und 853 Seiten). Berlin 1913, J. Guttentag. Geb. Mk. 60.—.

Die 1. Auflage dieses Kommentars war sehr verschieden beurteilt worden: auf der einen Seite wurden übertriebene Lobeshymnen laut, als sei hier etwas noch nie Dagewesenes, Unübertreffliches geliefert worden, auf der anderen waren Stimmen der Enttäuschung zu hören. Das Erscheinen der 2. Auflage wird wohl den Streit verstummen lassen. Es muß anerkannt werden, daß die Verfasser jetzt etwas Vorzügliches geschaffen haben und — nicht geblendet durch den äußeren Erfolg der 1. Auflage — ernstlich bemüht waren, die berechtigten Wünsche nach einer Vervollkommnung des Werkes zu erfüllen. Schon dem Umfange nach wird mehr geboten und diese Vergrößerung ist nicht allein auf das natürliche Anwachsen des Stoffes zurückzuführen, sondern auch auf ein ergiebigeres Durcharbeiten der Teile, die in der 1. Auflage etwas zu dürftig gestaltet worden waren. Damit ist auch die Art der Erläuterung einheitlicher und geschlossener geworden. Auf die systematische Gliederung und wissenschaftliche Vertiefung ist mehr als früher Gewicht gelegt. Auch die Literatur ist jetzt berücksichtigt; daß dabei sparsam verfahren wurde, erklärt sich aus der Gesamtanlage des Werkes, das nicht eine Fundgrube für die wissenschaftliche Einzelforschung sein soll. Es sind insbesondere die großen Kommentare da angeführt, wo sie eine abweichende Ansicht vertreten.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist aus der amtlichen Sammlung, der Juristischen Wochenschrift, Warneyers „Ergänzungsband", Seufferts Archiv und Gruchots Beiträgen entnommen. Diese Erweiterung gegenüber der 1. Auflage ist begrüßenswert. Aber es dürfte vielleicht hier noch weiter gegangen werden. Die Abgrenzung unter den vorhandenen Zeitschriften und Sammlungen ist etwas willkürlich und führt mitunter dazu, daß der Leser gerade das Werk nicht zur Hand hat, auf das verwiesen ist. Auch besteht die Möglichkeit, daß eine Entscheidung als ungedruckt bezeichnet und nur mit Aktenzeichen und Datum angeführt wird, die doch in einer der größeren oder kleineren Zeitschriften samt der Begründung abgedruckt ist. Welche Gefahren aber die Benützung einer Entscheidung mit sich bringt, deren Gründe man nicht gelesen hat, brauche ich wohl nicht näher auseinanderzusetzen.

von der Pfordten.

Hofacker, Dr. W., Erläuterungen zum Weingesetz vom 7 April 1909. XI, 218 Seiten. Verlag von W. Kohlhammer in Stuttgart, Berlin, Leipzig. Brosch. Mk. 3.—, gebd. Mk. 4.—.

Der Verfasser verwirft die bisherige hauptsächlich auf die sog. Gesetzesmaterialien gestützte Gesetzesauslegung, die in ihrem Ergebnisse die Behörden nicht befriedige und auch für das Publikum keine Klarheit geschaffen habe. Ausgehend von dem Gedanken des Zweckes im Recht stellt der Verfasser den Grundsatz auf, die Bereitung von Wein an sich sei eine freie an kein Gesetz gebundene Arbeitstätigkeit und das WeinG. beziehe sich nur auf den für den Verkehr bestimmten Wein. Auf dieser Grundlage aufbauend kommt der Verfasser zu Ergebnissen, die dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechen, deren einzelne Besprechung hier jedoch zu weit führen würde. Der erwähnte Grundsatz ergibt sich nach der Meinung des Verfassers ohne weiteres aus § 903 BGB., § 1 GewO. und § 1 NMG. — Allein für den Satz: „Keine Strafe ohne Strafgesetz", der überdies zur Auslegung des Strafgesetzes selbst nichts bietet, bedarf es des Hinweises auf die erwähnten Paragraphen des BGB., des NMG. und der GewO. nicht. Deren Heranziehung ist aber nicht nur überflüssig, sondern auch juristisch verfehlt. § 903 BGB. hebt nur die zivilrechtlichen Befugnisse des Eigentümers anderen zivilrechtlich Beteiligten gegenüber hervor und will und kann keinen ändernden Einfluß auf Bestimmungen des öffentlichen Rechtes üben (Staudinger zu § 903 BGB. I g); das WeinG. aber hat es mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu tun, auch ist ihm ganz gleichgültig, ob ein Weinfälscher Eigentümer oder etwa nur Pächter oder Verwalter ist. Die GewO. bezieht sich auf den hier hauptsächlich in Betracht kommenden Weinbau, der kein „Gewerbe" ist, überhaupt nicht (Landmann zu § 1 GewO. Note 1 a), und außer den in § 1 GewO. erwähnten Beschränkungen ergeben sich noch weitere aus späteren Reichsgesetzen, insbesondere eben aus dem WeinG. (Landmann ebenda Anm. 3). Ferner ist das WeinG. keine Ausführungsvorschrift zum NMG. mehr, daher nicht gehindert, nicht bloß den Verkehr mit Wein, sondern auch schon die Herstellung von Wein zu überwachen und zu regeln. Endlich läßt sich mit der Zweckbestimmung des Gesetzes ebensogut das Gegenteil der Hofackerschen Behauptungen beweisen. Das WeinG. bezweckt allerdings die Gesundung des Verkehrs mit Wein herbeizuführen. Da aber die Bestimmung eines Fasses Wein für den Verkehr im allgemeinen etwas nicht Sichtbares ist und vom Besitzer des Weines jederzeit geändert werden kann, läßt das WeinG. eben um seinen Zweck — die Gesundung des Verkehrs — sicher zu erreichen, schon die Herstellung des Weines überwachen und regeln, ohne Unterschied, ob der Wein später in den Verkehr kommen soll oder nicht. — Keinesfalls lassen sich mit solchen Lehren gesetzliche Vorschriften für einen großen Teil ihres Geltungsbereiches ohne weiteres für ungültig erklären. Ob die Weinkontrolleure,

denen bei Beanstandungen dann stets entgegengehalten werden kann, das betr. Faß Wein sei nicht für den Verkehr bestimmt, von der Hofackerschen Auslegung besonders befriedigt sind, ob dem Publikum nunmehr die bisher vermißte Klarheit geschaffen ist, und ob die Gerichte, insbesondere das Reichsgericht, ihre in vielen Punkten abweichende Meinung aufgeben und sich nunmehr dem neuen Propheten anschließen, darf wohl in Zweifel gezogen werden. Geschieht dies aber nicht, dann ist nicht nur keine Klarheit geschaffen, sondern die zahlreichen Streitfragen des WeinG. sind noch um eine ansehnliche Zahl weiterer vermehrt.

Mag man aber auch in vielem mit dem Verfasser nicht übereinstimmen, das muß doch rückhaltlos anerkannt werden, daß er seinen Stoff völlig beherrscht, überall ein durchaus selbständiges Urteil zeigt und seine Erläuterungen in einer Weise durchgeführt hat, daß sie auch für den wissenschaftlichen Gegner lehrreich sind und viel Stoff zum Nachdenken bieten. Jedenfalls hat eine Reihe von Punkten eine neue und dankenswerte Beleuchtung erfahren.

Zum Schluß noch eine Bemerkung, die mehr Aeußerliches betrifft. Die Ausgabe enthält als Beilagen das NahrungsmittelG., das WettbewerbsG., das WarenbezeichnungsG. und einige Paragraphen des BGB., auch die Bek. des Reichskanzlers vom 1. August 1910 und die Bundesratsbek. vom 9. Juli 1909, es fehlen aber die zur letztgenannten Bek. gehörigen Musterformulare, ferner die landesgesetzlichen Ausführungsvorschriften, Mängel, die von jenen, die sich nur eine Ausgabe des WeinG. anschaffen wollen, wohl schmerzlich empfunden werden.

München. Landgerichtsrat Zoeller.

Drittes Jahres-Supplement 1911/1912 (Band XXIV) zu Meyers Großem Konversations-Lexikon, sechste, gänzlich neubearbeitete und vermehrte Auflage. 1020 Seiten Text mit über 1150 Abbildungen, Karten und Plänen im Text und auf 110 Bildertafeln (darunter 7 Farbendrucktafeln und 14 selbständige Kartenbeilagen) sowie 8 Textbeilagen. (Verlag des Bibliographischen Instituts in Leipzig und Wien). In Halbleder gebunden Mk. 10.— oder in Prachtband Mk. 12.—.

Ein Führer durch die Fragen der Gegenwart darf das soeben erschienene neueste Jahres-Supplement zu Meyers Großem Konversations-Lexikon (des Gesamtwerkes Band 24) genannt werden. Alle die Zeitfragen, die in den letzten 2—3 Jahren die Gemüter bewegten, haben in dem neuen Bande des „Großen Meyer" in sachlichen Artikeln ihren Niederschlag gefunden. Je länger wir in dem schön ausgestatteten Bande blättern, um so mehr erkennen wir, welche unerschöpfliche Fundgrube der Belehrung hier dem Gebildeten wiederum geboten wird. Es wäre ein Leichtes, dies durch Hunderte von Beispielen zu erhärten, doch beschränken wir uns darauf, einige wenige Fragen herauszugreifen. Der Artikel „Börse" berichtet über die neuesten einschlägigen Gesetze, Verordnungen, Usanceänderungen usw., der Artikel „Ausverkauf" beschäftigt sich mit den auf diesem Gebiet eingerissenen Mißbräuchen und den gesetzgeberischen Gegenmaßregeln. Unter „Konkurse" wird eine interessante Statistik über diese Symptome unseres Wirtschaftslebens aufgemacht. Mit der Arbeiterfrage befassen sich zahlreiche Artikel, wie z. B. „Arbeiterversicherung", „Arbeitsmarkt", „Arbeitsnachweis", „Reichsarbeitsblatt", „Schieds- und Einigungsämter", „Versicherung im Deutschen Reich", „Sozialpolitische Gesetzgebung" u. a. Auch andere soziale Fragen werden in zahlreichen Artikeln besprochen. Daß die Redaktion die Zeitereignisse bis zum letzten Tage verfolgt hat, beweisen unter anderem die unter „Türkisches Reich" behandelte Geschichte des Balkankrieges und die Biographie des am 5. November 1912 erwählten amerikanischen Präsidenten Woodrow Wilson, die Artikel „Kamerun" und „Marokko". Schließlich möchten wir noch auf den reichen bildlichen Schmuck an Tafeln und Textillustrationen hinweisen, mit dem auch dieser Schlußband des „Großen Meyer" ausgestattet ist.

Kollmann, Ottmann, Regierungsakzessist. Die Religionsverhältnisse der Kinder in Bayern. Handausgabe mit Erläuterungen zu den §§ 12—23 des Religionsedikts. 65 Seiten. Ansbach 1913, C. Brügel & Sohn. Mk. 1.20.

Der Verfasser gibt in Form von Erläuterungen zu den §§ 12—23 RelEd. eine gedrängte, doch übersichtliche Darstellung des Rechtes der religiösen Kindererziehung in Bayern. Die Rechtsprechung des BGH. und namentlich die einschlägigen Rechtssätze des BGB. sind erschöpfend gewürdigt. Das Werkchen wird daher der Praxis gute Dienste leisten. Zu bedauern ist, daß der Verfasser der Arbeit nicht weitere Grenzen gesteckt und nicht auch die beträchtliche Literatur zum Vergleich herangezogen hat. Bei der großen Zahl der auf dem behandelten Gebiete bestehenden Streitfragen hätte die Arbeit dadurch an praktischer Brauchbarkeit wesentlich gewonnen. § 16 Anm. 2 II Satz 1 bedarf wohl der Berichtigung.

Kissingen. Bezirksamtsassessor Dr. Langheinrich.

Allfeld, Dr. phil., ordentlicher Professor an der Universität Erlangen. Die Strafgesetzgebung des Deutschen Reichs. Sammlung aller Reichsgesetze strafrechtlichen und strafprozessualen Inhalts mit einem Gesamtregister. 2. Auflage. XI, 1315 Seiten. München und Berlin, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Geb. Mk. 13.—.

Diese Sammlung, die vornehmlich zu Prüfungszwecken und für das Rechtsstudium bestimmt ist, aber wegen ihrer Zuverlässigkeit und Reichhaltigkeit auch von den Praktikern gerne benützt wird, ist wieder auf den neuesten Stand gebracht. Besonders wertvoll ist der ausgiebige Abdruck strafrechtlicher Nebengesetze.

Thulesius, Die Konkurrenzklausel. München und Berlin 1913, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Mk. 3.—.

Der Gesetzentwurf betr. Aenderung der §§ 74 bis 76 HGB. wird demnächst das Plenum des Reichstags beschäftigen. Die betroffenen Kreise haben es an einer zum Teil recht kräftigen Kritik des Entwurfes nicht fehlen lassen. Ueber das Ergebnis und die Reformbestrebungen bietet die Schrift von Thulesius einen erschöpfenden Ueberblick. Der Verfasser prüft von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus, ob die Konkurrenzklausel erlaubt oder zu verbieten ist, ob eine Verbesserung des geltenden Rechtes notwendig und wie sie auszugestalten ist. Eine Uebersicht der allmählichen Entwicklung der Konkurrenzbeschränkungen wird durch den Vergleich mit der einschlägigen ausländischen Gesetzgebung geschaffen (S. 12 ff.), über Zweck der Beschränkungen S. 30 ff. Aufschluß gegeben, der Beweis für die Berechtigung S. 41 ff. angetreten. Der Verfasser ist gerecht genug, um auf den mit der Anwendung der Konkurrenzklausel geübten Mißbrauch hinzuweisen (S. 48 ff.) und kommt zu dem von jedem sachlich Urteilenden auch geteilten Ergebnis, daß das geltende Recht den Schutz des wirtschaftlich Schwächeren nicht hinreichend wahrt (S. 58).

Die Schrift erachtet die Klausel auch unter Betonung des „Sozialen" für zulässig (S. 20, 67), gibt eine statistische Uebersicht über ihre Anwendung (S. 49 ff.), und weist auf ihre Unzulässigkeit bei zeitlicher und örtlicher Ausdehnung gemäß § 138 BGB. hin (S. 56). Es werden auch die entgegenstehenden Bedenken hervorgehoben, hergeleitet aus der persönlichen Freiheit (S. 24), aus dem bloßen Verhältnis von Angebot und Nachfrage (S. 26); es wird der Anspruch auf den Schutz

der persönlichen Freiheit (S. 30) betont und aus diesen Gründen eine Einschränkung als erstrebenswert bezeichnet. Die Ergebnisse der Rechtsprechung werden durch Leitsätze hervorgehoben (S. 61, 77). Die Bemühungen um Aenderung des bestehenden Rechtes werden eingehend geschildert (S. 65 ff.) und hiebei des Zusammenhangs wegen an die Beratung des jetzt noch geltenden Rechtes in der Reichstagskommission angeknüpft. Hieran reiht sich die Aufzählung der leitenden Gedanken des vorliegenden Gesetzentwurfes (S. 74 ff., 90 ff., 94, 102). Beachtenswerte Vorschläge zur Verhütnng künftiger Mißbräuche sind S. 85 ff., 98, 107 aufgeführt. Mit Recht bezeichnet der Verfasser S. 99 den Wortlaut des Gesetzentwurfes als zu verwickelt. Auf S. 100 nimmt er Stellung zu verschiedenen Anregungen aus beteiligten Kreisen. Wem an gründlicher Prüfung der vorliegenden Fragen liegt, dem ist die Monographie ebenso zu empfehlen, wie dem mit der Rechtsanwendung befaßten Laien und Berufsjuristen.

München. Justizrat Dr. Frankenburger.

Arnheim, Dr. Hugo, Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht. Grundbuchordnung. Kommentar zur Grundbuchordnung für das Deutsche Reich nebst den für Preußen erlassenen Ausführungsbestimmungen. Zweite, völlig neu bearbeitete Auflage. 959 Seiten. Berlin 1913, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. Mk. 25.—.

Fast gleichzeitig mit den großen Kommentaren von Güthe und Predari ist auch Arnheims Kommentar in neuer Auflage erschienen; er zeigt eine vielfach veränderte Gestalt und verwertet die Ergebnisse der Rechtsprechung und der Rechtslehre in umfassender Weise. Die ganze Art der Bearbeitung zeigt uns den Verfasser nicht nur als einen hervorragenden Kenner des Grundbuchrechts, sondern auch als einen bewährten Praktiker, der in seiner früheren Tätigkeit als Grundbuchrichter in Berlin reiche Erfahrungen gesammelt hat.

Wie Güthes Kommentar ist Arnheims Buch in erster Linie für die preußische Praxis bestimmt; es enthält in einem Anhang nicht nur die preußischen Ausführungsvorschriften und eine Uebersicht über die Vertretung juristischer Personen im Grundbuchverkehre für Preußen, sondern auch zu jeder einzelnen Gesetzesstelle besondere Bemerkungen vom Standpunkte der preußischen Gesetzgebung aus. Für Preußen ist diese Behandlung jedenfalls ein besonderer Vorzug, für die übrigen Gebiete des Reichs aber bedeutet die eingehende und ausschließliche Berücksichtigung der preußischen Gesetzgebung vielfach eine nicht unerhebliche Belastung und Verteuerung des Buches. Vielleicht trägt der Verfasser bei der nächsten Auflage auch den Interessen der nicht preußischen Gebietsteile Rechnung, indem er eine besondere Ausgabe für das Reich veranstaltet, in welcher die lediglich auf Preußen sich beziehenden Ausführungen, die jetzt schon von den auf Reichsrecht beruhenden Ausführungen getrennt sind, ausgeschieden werden.

In sachlicher Hinsicht will ich nur zwei Punkte hervorheben. Mit Güthe und allen anderen norddeutschen Grundbuchkommentatoren teilt auch Arnheim im Anschlusse an die vom Kammergericht vertretene, aber unzulänglich begründete Auffassung bei § 3 (Anm. 3) die Meinung, daß Bruchteile kein Grundbuchblatt erhalten dürfen, da sie keine Bodenfläche sind. Diese Begründung reicht jedenfalls nicht aus, um die gegenteilige bayerische Praxis, die auf § 220 der Dienstanweisung für Grundbuchämter (nicht, wie Arnheim meint, auf dem AusfG. z. GBO.) beruht, als unhaltbar erscheinen zu lassen; bei § 5 (Anm. 4) kommt Arnheim zwar in etwas eingehenderer Weise auf die Sache zurück, verweist aber auch hier schließlich nur wieder auf § 3. Wie bei der Besprechung des Güthesschen Kommentars (vgl. S. 29) möchte ich auch hier der Hoffnung Ausdruck geben, daß Arnheim in der nächsten Auflage zu meinen Ausführungen auf S. 117 des vorjährigen Jahrgangs dieser Zeitschrift in entgegenkommender Weise Stellung nimmt, wenn er die Frage wieder im reichsrechtlichen Teile erörtert.

Bei § 45 bespricht Arnheim die Frage, ob die Unterschrift des Grundbuchbeamten nachgeholt werden könne. Während er in Anm. 5 sagt, daß an Stelle der Grundbuchbeamten, welche die Eintragung angeordnet oder vorgenommen haben, deren Amtsnachfolger und Vertreter in Erledigung der ihnen für den Vorgänger oder Vertretenen obliegenden Geschäfte die Eintragung unterzeichnen können, führt er in Anm. 6 aus, daß die Unterschrift nur von denjenigen Beamten nachgeholt werden dürfe, welche die Eintragung von vornherein hätten unterzeichnen müssen. Ich weise auf diese beiden Stellen nur um deswillen hin, weil die Gefahr besteht, daß diejenigen, welche sich über die auch für unsere Praxis überaus wichtige Frage unterrichten wollen, sich mit den Ausführungen in Anm. 5 für befriedigt erklären und jene in Anm. 6 übersehen. Auf die Frage selbst hoffe ich an einem anderen Orte zurückkommen zu können.

Ministerialrat H. Schmitt im Justizministerium zu München.

Kitzinger, Dr. Friedrich, a. o. Professor an der Universität München. Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt. Grundzüge der Rechtspolizei und Beiträge zur Konstruktion des Strafrechts. München 1913, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Mk. 8.50.

Die fesselnde Schrift sucht auf Grund theoretischer Untersuchungen den systematischen Grundriß eines Handbuchs der Rechtspolizei zu geben und vom Strafrecht aus zu einer Grundanschauung über den Begriff und das Wesen der Polizei zu gelangen. Sie geht nach kritischer Würdigung der verschiedenen Ansichten davon aus, daß die Verhinderung strafbarer oder nur verbotener Handlungen durch Polizeigewalt dem juristischen Wesen nach nichts anderes als Selbsthilfe ist, wodurch der Staat seinen bedrohten Anspruch auf normgemäßes Verhalten der Einzelnen verwirklicht oder sichert. Die theoretischen Ausführungen werden ergänzt durch die Beibringung reichen Materials aus der Gesetzgebung, der Praxis und der Literatur; namentlich ist die Uebersicht über die Gesetzgebung in Deutschland zu begrüßen, die sich mit der Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt befaßt (S. 31 ff.). Bemerkenswert sind die Ausführungen über die Tragweite der rechtlichen Grundlagen der Polizeigewalt (S. 97 ff.) und über ihre Anwendung in der Praxis, besonders in Preußen (S. 108 ff.). Der Hinweis auf den Abs. III des § 134 GewO. (S. 98) ist nicht mehr zeitgemäß, weil seine Vorschrift, die zuletzt durch die Novelle vom 27. Dezember 1911 (RGBl. S. 139) geändert wurde, nunmehr als Abs. II des § 134 unter dem Strafschutze des § 150 Abs. I Nr. 2 GewO. steht. — Das Werk enthält eine Reihe von wertvollen Anregungen für die Gesetzgebung, die Wissenschaft und die Praxis. H.

Kohler, Rudolf, K. Regierungsassessor. Die Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 nebst Einführungsgesetz. 4. Band Lfg. 1/2. Ansbach 1913, C. Brügel & Sohn. Mk. 2.40.

Die neu ausgegebenen Lieferungen bringen die Neben- und Ausführungsgesetze, sowie zahlreiche Vollzugsvorschriften.

Juristenkalender, Deutscher, bearbeitet von **Dr. A. Kallmann,** Rechtsanwalt in Berlin. Berlin 1914, Otto Liebmann, Verlagsbuchhandlung. Mk. 3.20.

Der hübsch mit guten Bildern ausgestattete Kalender ist hier schon mehrmals angezeigt worden. Er erscheint heuer wieder in der alten Form.



Gesetzgebung und Verwaltung.

Die Azetylenverordnung. Ueber die Herstellung, die Aufbewahrung und die Verwendung von Azetylen sowie über die Lagerung von Kalziumkarbid erging unter Aufhebung der VO. vom 15. Oktober 1905 (GVBl. S. 611) eine neue Verordnung unterm 14. Dezember 1913 (GVBl. S. 919), zu der das Ministerium des Innern unterm 18. Dezember 1913 (GVBl. S. 941) eine Vollzugsbekanntmachung erließ. Wie die VO. vom 15. Oktober 1905 (vgl. wegen dieser Landmann, GewO. § 16 Anm. 17), so beruht auch die neue VO. auf einem Beschlusse des Bundesrats (§ 1003 der Prot. vom 28. November 1912), über diesen Gegenstand übereinstimmende Vorschriften zu erlassen. Die Verordnung schafft zunächst für den, der Azetylen herstellen und verwenden oder Kalziumkarbid lagern will, eine Anzeigepflicht; der Genehmigung nach § 16 GewO. unterliegen die Azetylenanlagen bekanntlich nicht, da zu den dort erwähnten Gasbereitungs- und Gasbewahrungsanstalten solche Anstalten nicht gerechnet werden, bei welchen die Erzeugung nicht auf dem Wege der trockenen Destillation organischer Stoffe, sondern auf andere Weise erfolgt (Landmann a. a. O. Anm. 7), und die Azetylenanlagen auch unter die ebenfalls in § 16 GewO. erwähnten chemischen Fabriken wohl nur in Ausnahmefällen gerechnet werden können. An die Regelung der Anzeigepflicht schließen sich sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen über die Ausführung von Azetylenanlagen und Kalziumkarbidlagern, ferner über den Betrieb der Azetylenapparate und die Lagerung von Kalziumkarbid. Die Laterne des Radfahrers wird durch die VO. nicht berührt, denn diese will keine Anwendung finden auf die Vorrichtungen zur Beleuchtung von Fahrzeugen, auf tragbare Lampen und tragbare Laternen sowie auf die Lagerung der hierzu erforderlichen Menge Kalziumkarbid, wenn gewissen Vorsichtsmaßregeln genügt ist, insbesondere die Füllung 2 kg nicht übersteigt und nicht mehr als 10 kg Kalziumkarbid auf Vorrat gelagert werden. Als ihre rechtlichen Grundlagen führt die VO. an den § 367 Nr. 5 und den § 368 Nr. 8 StGB. und den Art. 131 PStGB.; die Bestimmungen über die Pflicht zur Tragung der Kosten der vorgeschriebenen Prüfungen und Nachprüfungen „sowie aller Vollzugsmaßnahmen" — diese Kosten soll der Anzeigepflichtige tragen — werden ihre Stütze in „den allgemeinen Grundsätzen des Polizeirechts" suchen.

3194

Die Postordnungen. Die beiden schon vielfach geänderten Postordnungen, nämlich die für den Verkehr zwischen dem Reichspostgebiet, Württemberg und Bayern geltende Postordnung vom 20. März 1900 und die lediglich für den inneren Verkehr Bayerns geltende bayerische Postordnung vom 27. März 1900, wurden neuerdings durch Bekanntmachungen vom 10. und vom 15. Dezember 1913 (GVBl. S. 913 und 916) geändert. Erheblich ist die nachstehende beiden gemeinsame Aenderung der bisherigen Vorschriften über den Postprotest. Die Postverwaltung will sich nunmehr mit einigen Wechselarten, die sie bisher von der Protesterhebung durch die Post ausschloß, teilweise befassen; sie will Wechsel in französischer Sprache, Wechsel mit Notadresse oder Ehrenakzept, endlich Wechsel, die unter Vorlegung mehrerer Exemplare desselben Wechsels oder unter Vorlegung des Originals und einer Kopie zu protestieren sind, erst nach der ersten vergeblichen Vorzeigung oder nach dem ersten vergeblichen Versuch der Vorzeigung an einen Gerichtsvollzieher, Notar usw. weitergeben, während bisher die Weitergabe erfolgte, ohne daß „postseitig" eine Vorzeigung stattfand. Wechsel mit Notadresse oder Ehrenakzept werden jedoch nur dem Bezogenen vorgezeigt.

3195

Die Bekanntmachungen vom 30. Dezember 1913, den Vollzug des § 169 der Reichsversicherungsordnung betr., und vom 31. Dezember 1913, die Krankenversicherungspflicht der im Justizdienst beschäftigten Personen betr., (JMBl. 1914 S. 1 und 2) regeln die Frage der Versicherungspflicht nach dem zweiten Buche der RVO. (Krankenversicherung), wie dies bezüglich der Invalidenversicherung und der Angestelltenversicherung durch die Bekanntmachung vom 23. Dezember 1912 geschehen ist (JMBl. S. 354; vgl. BayZR. 1913 S. 56). Von den im Justizdienst beschäftigten Personen sind hiernach die sämtlichen etatsmäßigen Beamten, soweit sie überhaupt unter § 165 RVO. fallen würden, ferner die nichtetatsmäßigen Assistenten und die Gerichtsschreibergehilfen durch Zusicherung der in § 169 RVO. und Art. 49 AG. hiezu vorgesehenen Leistungen (anderthalbfacher Betrag des Krankengeldes) von der Krankenversicherungspflicht befreit. Die Fortzahlung des Gehaltes für die Dauer der Regelleistungen der Krankenkassen wird in der Regel den Anforderungen des § 169 RVO. genügen. Soweit dies ausnahmsweise bei einem Gerichtsschreibergehilfen nicht der Fall ist, wird der Gehalt bis zum $1^1/_2$ fachen Betrag des Krankengeldes ergänzt. Die juristisch vorgebildeten bezahlten Hilfsarbeiter und Grundbuchkommissäre unterliegen der Versicherungspflicht überhaupt nicht, weil es sich bei ihnen um eine höhere, mehr geistige Tätigkeit handelt. Versicherungsfrei sind nach § 172 Nr. 1 RVO. die aus dem Militärdienst schon ausgeschiedenen, probeweise angestellten Militäranwärter und die Inzipienten, weil sie lediglich für ihren Beruf ausgebildet werden, und nach § 172 Nr. 2 die bei einer Justizbehörde probeweise verwendeten Personen des Soldatenstandes. Die übrigen im Justizdienst Beschäftigten, die zu den in § 165 RVO. bezeichneten Personen gehören, unterliegen der Krankenversicherungspflicht; dies gilt namentlich für die in Ziff. III der Bekanntmachung vom 31. Dezember 1913 aufgeführten aushilfsweise beschäftigten Personen, ferner auch für die Notariatsgehilfen, die bisher schon krankenversicherungspflichtig waren. Die Beiträge für die zuletzt Genannten sind wie bisher ganz von den Notaren zu entrichten. Im Uebrigen verbleibt es, soweit nicht in einzelnen Fällen bisher schon anders verfügt ist oder künftig anders verfügt wird, bei der gesetzlichen Regelung, wonach der Versicherte selbst $^2/_3$ der Beiträge zu entrichten hat.

Die durch die Zusicherung nach § 169 RVO befreiten Personen (etatsmäßige Beamte, nichtetatsmäßige Assistenten und Gerichtsschreibergehilfen) können der Krankenversicherung freiwillig beitreten. Die Krankenkasse kann das Recht des Beitritts aber von einer bestimmten Altersgrenze und von der Vorlage eines ärztlichen Gesundheitszeugnisses abhängig machen (§ 176 Abs. I u. III RVO.). Auch kann die Satzung eine Wartezeit bestimmen (§ 207 RVO.). Ferner können die Leistungen auf Krankenpflege ohne Krankengeld oder auf Krankenhauspflege ohne Hausgeld oder deren Ersatz (§ 185) ohne Krankengeld oder auf das Krankengeld ohne Krankenhilfe beschränkt werden (§ 215 RVO.).

Die neuen Bestimmungen über die Beurlaubung der Militäranwärter vom 1. Januar 1914 (GVBl. S. 975) sind für die äußeren Justizverwaltungsbehörden nicht unmittelbar von Bedeutung. Es genügt, wenn hier auf die Vorschrift in Ziff. 9 und die dazu gehörende Fußnote 4 hingewiesen wird.

3193

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. I. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 3. München, den 1. Februar 1914. 10. Jahrg.

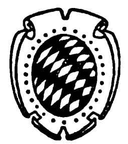
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. I. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Sind in dem Verfahren vor den Amtsgerichten verkündete Beschlüsse des Gerichts von Amts wegen zuzustellen?

Von Professor Dr. L. v. Seuffert, Kgl. Geh. Rat, in München.

In dem gegenwärtigen Jahrgange dieser Zeitschrift Nr. 2 S. 37 ff. berichtet Herr Amtsrichter Dittrich, das Landgericht München I habe in einem Beschlusse von 1910 gesagt, nur die Urteile, nicht auch die verkündeten Beschlüsse der Amtsgerichte seien von der Zustellung von Amts wegen ausgenommen. Ferner: das Amtsgericht München habe sich diese Rechtsanschauung in feststehender Rechtsprechung und Praxis zu eigen gemacht. Das Oberlandesgericht München habe in einem Beschlusse vom 27. Oktober 1913 ausgesprochen, daß die Zustellung verkündeter amtsgerichtlicher Beschlüsse im Parteibetrieb zu erfolgen habe. Herr Dittrich bemüht sich, den Standpunkt des Amtsgerichts ausführlich zu verteidigen.

Da ich in meinem Kommentare zur ZPO. Nr. 1 zu § 496 gesagt habe: „Für die Zustellung der Urteile verbleibt es bei dem Parteibetriebe (§ 317 Abs. 1)", glaubt Herr Dittrich, daß ich mich seiner Ansicht zuneige. Ich möchte das verneinen und die Gründe anführen, aus welchen sich ergibt, daß die Zustellung der verkündeten amtsgerichtlichen Beschlüsse nicht von Amts wegen, sondern auf Betreiben der Parteien zu erfolgen hat.

In dem § 496 Abs. 1 ZPO. ist seit der Novelle vom 1. Juni 1909 angeordnet, daß im Verfahren vor den Amtsgerichten die Zustellungen von Amts wegen erfolgen unbeschadet der Vorschrift des § 317 Abs. 1. In dem § 317 Abs. 1 ist bestimmt, daß die Zustellung der Urteile auf Betreiben der Parteien erfolgt. Nun finden nach § 329 Abs. 2 ZPO. die Vorschriften des § 317 auf Beschlüsse des Gerichts und auf Verfügungen des Vorsitzenden, sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwendung. In § 329 Abs. 2 ist dann angeordnet, daß nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters den Parteien von Amts wegen zuzustellen sind. Also findet die Vorschrift des § 317 Abs. 1 auf die verkündeten Beschlüsse und Verfügungen Anwendung. Wenn nun in § 496 Abs. 1 bei Anordnung der Zustellung von Amts wegen die Vorschrift des § 317 Abs. 1 vorbehalten ist, so erstreckt sich logischerweise dieser Vorbehalt auch auf die Fälle, für welche in § 329 die Anwendung des § 317 Abs. 1 geboten ist, also auf verkündete Beschlüsse des Amtsgerichts und verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines ersuchten Richters, der ja immer ein Amtsrichter ist (GVG. §. 158). In der von Herrn Dittrich S. 39 zitierten Begründung des Entwurfs zur Novelle von 1909 (S. 31) ist allerdings gesagt: „Nur für die Zustellung der Urteile soll es bei dem Parteibetriebe verbleiben." Daraus ergibt sich aber nichts anderes, als daß der Verfasser der Begründung zunächst an die Urteile gedacht hat. Davon, daß sich der Vorbehalt des § 317 Abs. 1 auf die Zustellung der Urteile beschränken solle, ist aus der Begründung nichts zu entnehmen. Das Wort „nur" beweist durchaus nicht, daß der Verfasser der Begründung den Vorbehalt der Zustellung im Parteibetrieb auf die Urteile beschränken wollte; denn das Wort „nur" betont lediglich den Gegensatz der Zustellung der Entscheidungen zu dem Prinzip der Zustellung von Amts wegen. Aber auch, wenn der Verfasser der Begründung die Beschränkung auf Urteile gewollt hätte, so wäre das bedeutungslos für die Anwendbarkeit des § 317 Abs. 1 auf die verkündeten Beschlüsse und Verfügungen, weil die Beschränkung im Gesetze nicht enthalten und der Text des § 329, wonach der § 317 Abs. 1 auf verkündete Beschlüsse und Verfügungen entsprechende Anwendung findet, durch die Novelle von 1909 nicht geändert worden ist.

In der Begründung des Entwurfs zur Novelle von 1909 S. 31 ist zu § 496 Abs. 1 bemerkt:

„Auch werden durch eine solche Regelung (sc. durch den Vorbehalt des § 317 Abs. 1 für das Verfahren vor den Amtsgerichten) überflüssige Zustellungen vermieden."

Würde man den in § 496 Abs. 1 angeordneten Vorbehalt des § 317 Abs. 1 nicht auf die verkündeten Beschlüsse rc. erstrecken, so müßten im Verfahren vor den Amtsgerichten sehr viele ganz überflüssige Zustellungen von Amts wegen besorgt werden.

Beispiele: Es müßten die auf Grund der §§ 142, 143, 144, 145, 146, 147 ZPO. ergehenden Beschlüsse, welche nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung erlassen werden können und daher verkündet werden müssen (arg. § 329 Abs. 1) von Amts wegen zugestellt werden, obwohl deren Zustellung gar keine praktische Bedeutung hat, da diese Beschlüsse nicht durch Beschwerde anfechtbar sind.

Auch die auf Grund der §§ 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154 ZPO. ergehenden Aussetzungsbeschlüsse können nur auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen und müssen also verkündet werden. Sie sind zwar mit einfacher Beschwerde anfechtbar (arg. § 252), aber die Zustellung hat auch in diesen Fällen gar keine praktische Bedeutung, da die Beschwerde ohne die Zustellung eingelegt werden kann.

Der Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils auf Grund des § 335 ZPO. zurückgewiesen wird, muß natürlich verkündet werden. Die Zustellung dieses Beschlusses ist ganz überflüssig; denn die Frist der nach § 336 zulässigen sofortigen Beschwerde beginnt in diesem Falle mit der Verkündung des Beschlusses (§ 577 Abs. 2 Satz 1).

Ganz unnötig wäre es, einen auf Grund mündlicher Verhandlung ergangenen Beweisbeschluß den Parteien zuzustellen.

Auch die Zustellung eines auf Grund des § 505, des § 506 oder des § 697 nach mündlicher Verhandlung ergangenen Verweisungsbeschlusses wäre ganz zwecklos.

Nach § 764 Abs. 3 können die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Erfolgt die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts auf Grund einer hiernach zulässigen mündlichen Verhandlung, so ist die Entscheidung zu verkünden. Einen solchen Beschluß den Parteien von Amts wegen zuzustellen, hätte gar keine praktische Bedeutung. Man betrachte folgenden Fall: Gegen die Pfändung beweglicher Sachen erhebt der Schuldner Einwendung nach § 766 mit der Behauptung, daß die tatsächlich gepfändeten Sachen zu den nach § 811 Nr. 4 der Pfändung nicht unterworfenen Sachen gehören. Das Gericht ordnet mündliche Verhandlung an, weil über diese Einwendung nicht leicht ohne nähere Erörterung zu entscheiden ist, und ladet beide Parteien zu der Verhandlung. Auf Grund der Verhandlung verkündet es den Beschluß, daß der Einwendung stattgegeben wird und daher die Pfändung unzulässig ist. Jetzt kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nicht mehr betreiben, also die gepfändeten Sachen nicht versteigern lassen, sondern er muß die Sachen dem Schuldner herausgeben, oder die Pfändungsmarken beseitigen lassen (arg. §§ 775 Nr. 1, 776). Der Gläubiger kann natürlich sofortige Beschwerde einlegen (arg. § 793); aber schon vor Ablauf der Beschwerdefrist kann der Schuldner den Fortbetrieb der Zwangsvollstreckung oder die Unterlassung der Herausgabe auf Grund der §§ 775 Abs. 1, 776 wieder nach § 766 bekämpfen. Was hätte es für einen Zweck, den beiden Parteien den verkündeten Beschluß von Amts wegen zuzustellen? Auch wenn das Gericht in einem solchen Falle die Einwendung des Schuldners ablehnt, wäre die Zustellung des verkündeten Beschlusses an die Parteien nicht von praktischem Wert; denn, da der Beschluß ohne Rücksicht auf Beschwerde vollziehbar ist (arg. § 572 Abs. 1), kann der Gläubiger auf Grund des Beschlusses die Vollstreckung fortsetzen, soweit nicht nach Einlegung der Beschwerde des Schuldners die Vollziehung nach besonderer Anordnung (§ 572 Abs. 2) ausgesetzt wird.

In dem von Herrn Dittrich speziell behandelten Falle, daß in dem die Leistung des Offenbarungseides betreffenden Verfahren (§ 900) die Einwendungen, welche der zur Leistung des Offenbarungseides (§ 807) geladene Schuldner zur Bestreitung der Verpflichtung zur Leistung des Eides geltend gemacht hat, durch verkündeten Beschluß verworfen worden sind, ist meines Erachtens der Beschluß nicht von Amts wegen den Parteien zuzustellen. Zwar hat in diesem Falle der Gläubiger ein Interesse an der Rechtskraft des Beschlusses, weil er die Leistung des Offenbarungseides und also auch den Haftbefehl zur Erzwingung der Eidesleistung (§ 901) nicht vor Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses verlangen kann, wenn nicht bereits ein früherer Widerspruch rechtskräftig verworfen ist (§ 900 Abs. 3); aber dadurch, daß er den Beschluß zustellen läßt, kann er die Beschwerdefrist eröffnen. Dazu kann er nach § 166 Abs. 2 die Vermittelung des Gerichtsschreibers verlangen und der Gerichtsschreiber hat daher nach § 168 einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung zu beauftragen, sofern nicht der Gläubiger erklärt hat, daß er selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

Eigentum am Ueberbau.

Von Amtsrichter **August Schmitt** in München.

I.

Wenn der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes — also nicht eines Bauwerks schlechthin — über die Grenze baut, spricht man von einem Ueberbau (§ 912 BGB.). Ueber-



bau ist hiernach der auf einem fremden Grundstück befindliche Teil eines einheitlichen Gebäudes. Dieser Gebäudeteil muß nicht in dem fremden Grundstücke wurzeln; ein hoch über dem Boden in das Nachbargrundstück vorspringender Balkon oder Erker ist ebensogut ein Ueberbau, wie ein mit Grundmauern in fremdem Boden ruhender Gebäudeteil.

Der Ueberbau beeinträchtigt das Nachbargrundstück. Der Nachbar, der kraft seines Eigentums andere von jeder Einwirkung auf sein Grundstück ausschließen kann, ist an sich berechtigt, die Beseitigung des Ueberbaus zu verlangen. Das Recht hat jedoch aus wirtschaftlichen Gründen, — um nutzloser Zerstörung von Werten vorzubeugen und besonders den Fortbestand eines einmal errichteten Gebäudes nach Möglichkeit zu sichern, — dem Nachbar die Pflicht auferlegt, den Ueberbau unter gewissen Voraussetzungen zu dulden. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn sich der Eigentümer in gutem Glauben befunden, und der Nachbar nicht vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat. Der Nachbar kann dann nur Entschädigung durch eine Geldrente, sowie jederzeit Kapitalabfindung gegen Abtretung der überbauten Fläche verlangen.

Das Recht des Eigentümers ist zwar einer Grunddienstbarkeit ähnlich, aber kein eigentliches Recht an einem fremden Grundstücke im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Einer solchen Konstruktion widerspricht schon rein äußerlich die Stellung des § 912 in dem Abschnitt über den Inhalt des Eigentums, sowie der Umstand, daß die Eintragung der Berechtigung im Grundbuch ausgeschlossen ist.

§ 912 enthält nur eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung. Bezeichnet § 903 den Inhalt des Eigentums als unbeschränkte ausschließliche Herrschaft über die Sache, soweit nicht Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, so bildet § 912 ein Beispiel, in dem das Gesetz dem Eigentümer eine Schranke auferlegt. Prozeßrechtlich betrachtet gibt die Vorschrift des § 912 dem gutgläubig überbauenden Eigentümer zum Schutze gegen den Beseitigungsanspruch des Nachbars eine Einrede.

II.

Durch den Ueberbau wird an dem Eigentum der überbauten Fläche nichts geändert; dies ist ohne weiteres klar.

Mehr Schwierigkeiten verursacht die Beantwortung der Frage nach dem Eigentum am Ueberbau selbst. Diese Frage muß mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung aus den Vorschriften über die Bestandteile der Sachen und über die Verbindung von Sachen (§§ 93, 94, 95, 946) entschieden werden. Für den Fall, daß der überbauende Eigentümer die Duldung des Ueberbaus verlangen kann, ist man in der Literatur übereinstimmend — wenn auch auf verschiedenen Wegen — zu der Lösung gelangt, daß der überbauende Eigentümer auch das Eigentum am Ueberbau erwirbt. Im übrigen gehen die Meinungen auseinander, und zwar lassen sich in der Hauptsache zwei Richtungen unterscheiden.

1. Planck (4. Aufl., Erl. 4 zu § 94) folgert aus dem Grundsatze des § 94 I (superficies solo cedit), daß ein auf zwei Nachbargrundstücken — einerlei von wem — errichtetes Gebäude regelmäßig wesentlicher Bestandteil eines jeden Grundstücks zu dem entsprechenden reellen Teile ist und daher im Alleineigentum jedes Nachbars bis zur Grenze steht. Das Gebäude ist aber nur wesentlicher Bestandteil eines der Grundstücke, wenn bezüglich der Ueberbauung des anderen Grundstücks § 95 I Satz 2 maßgebend ist, wenn also der Gebäudeteil auf diesem Grundstücke in Ausübung eines Rechtes an diesem Grundstücke durch den Berechtigten errichtet worden ist. Zu den im § 95 genannten Rechten rechnet Planck auch die dem Grundstückseigentümer nach § 912 zustehende Berechtigung, von dem Nachbar die Duldung des Ueberbaus zu verlangen.

Die gleiche Ansicht vertritt der Kommentar von Reichsgerichtsräten (Erl. 1 zu § 94), ferner Wolff (Grenzüberbau S. 134). Auch die Motive (III S. 287, VII) stehen auf dem gleichen Standpunkte.

2. Im Gegensatz zu dieser herrschenden Lehre befindet sich Staudinger (7./8. Aufl., Erl. 7 zu § 94). Staudinger führt aus, daß es für die Eigentumsfrage am Ueberbau auf den guten oder bösen Glauben des Ueberbauenden nicht ankomme. Man müsse vielmehr davon ausgehen, daß der Ueberbau wesentlicher Bestandteil des einheitlichen Gebäudes sei (§ 93) und daher nicht Gegenstand besonderer Rechte sein könne.

Die Regel des § 94 I müsse insoweit zurücktreten, weil die Zusammengehörigkeit der einzelnen Gebäudebestandteile unter sich enger sei als die einzelner Gebäudebestandteile mit dem Grundstücke.

Der Unterschied zwischen den beiden eben entwickelten Auffassungen springt sofort in die Augen. Die Lösung, welche die von Planck vertretene Meinung durch eine juristische Konstruktion auf dem Umwege über die §§ 912, 95 findet, gewinnt Staudinger lediglich auf Grund objektiver Betrachtung und zwar durch einen Schluß aus der Natur der Sache.

III.

Das Reichsgericht hat vor kurzem in einem Urteile vom 1. Oktober 1913, 157/13/V, zu der Frage Stellung genommen (JW. 1914 S. 38 ff.). Seiner Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der Eigentümer eines Grundstücks hatte ein Gebäude mit einer Grundfläche von 346 qm errichtet; 194 qm standen auf seinem Grundstücke a, der Rest bedeckte das Nachbargrundstück b. Der Nachbar hatte den Ueberbau zu dulden. Nachdem der Eigentümer später auch das Grundstück b erworben hatte, kamen die beiden, verschieden mit Hypotheken be-

lasteten Grundstücke zur Zwangsversteigerung. Der Zuschlag erfolgte auf Grund eines Gesamtausgebots. Der Vollstreckungsrichter hatte nach § 112 ZVG. den aus dem Erlös verbleibenden Ueberschuß auf die beiden Grundstücke nach dem Verhältnis ihres Wertes zu verteilen und setzte den Wert des Grundstücks a unter Berücksichtigung des ganzen Gebäudes fest, während er den Wert des Grundstücks b nur nach der Bodenfläche bemaß. Gläubiger des Eigentümers, welche dessen Anspruch auf den Ueberschuß des Erlöses aus dem Grundstück b gepfändet hatten, erhoben gegen den Verteilungsplan Widerspruch und verlangten, daß dem Bodenwert des Grundstücks b der Wert des auf ihm stehenden Gebäudeteiles zugerechnet werden müsse.

Das Reichsgericht entschied auf die Widerspruchsklage hin, daß der Ueberbau, weil er zu dulden war, ähnlich wie im Falle des § 95 I Satz 2 nicht Bestandteil des Grundstücks b geworden sei. Er sei jedoch nach § 93 wesentlicher Bestandteil des einheitlichen Gebäudes. Sei nun aber der auf dem Grundstück a stehende Hauptteil des Gebäudes wesentlicher Bestandteil des Grundstücks a und der Ueberbau wesentlicher Bestandteil des Gebäudes, so sei auch der Ueberbau Bestandteil des Grundstücks a. Ob die Sache nicht ebenso zu beurteilen gewesen wäre, wenn der kleinere Teil des Gebäudes auf dem Grundstück a gestanden wäre, ließ das Reichsgericht dahingestellt.

IV.

Die Entscheidung des Reichsgerichts ist zu begrüßen. Das Ergebnis entspricht nicht nur dem Rechtsempfinden, sondern auch dem praktischen Bedürfnisse, welches die einheitliche Behandlung eines einheitlichen Gebäudes fordert. Allein so erfreulich das Ergebnis ist, man hätte gewünscht, daß das Reichsgericht in der Begründung nicht einfach die von ihm schon früher vertretene Meinung wiederholt, sondern zu den von Staudinger im Gegensatz zur herrschenden Lehre aufgestellten Grundsätzen ausdrücklich Stellung genommen hätte.

Hiezu hätte um so mehr Anlaß bestanden, als Staudinger nicht nur für den engumgrenzten Tatbestand des § 912, sondern für sämtliche Fälle der einheitlichen Ueberbauung mehrerer Grundstücke ein praktisch befriedigendes Ergebnis findet. Anders bei der herrschenden Lehre, wie im Folgenden dargestellt werden soll.

Muß der Ueberbau nicht geduldet werden, so kommt man mit Plancks strenger Durchführung des in § 94 I ausgesprochenen Grundsatzes zu dem Ergebnisse, daß jeder der beiden Grundstückseigentümer Alleineigentümer des auf seinem Grundstücke stehenden Gebäudeteils ist. Die Eigentumsgrenze im Gebäude wird durch eine senkrecht zur Grundstücksgrenze gedachte Schnittfläche gebildet. Dies führt in der Wirklichkeit zu unerträglichen Folgen. Auf die Schwierigkeiten bei der Vermietung, Belehnung oder beim Verkauf eines solchen Gebäudes will ich gar nicht eingehen. Ist es nicht eine nie versiegende Quelle von Reibungen und Streitigkeiten, wenn die beiden Nachbarn und zwar jeder in seinem Eigentum nach freiem Belieben ohne Rücksicht auf den andern schalten und walten bis zu jener Grenze, die in Wirklichkeit gar nicht vorhanden, sondern nur gedacht ist? Der Nachbar, dessen Grundstück überbaut ist, hat wohl den Beseitigungsanspruch; allein dieser Anspruch wird sehr oft nicht zur erwünschten Klärung führen. Denn der Nachbar, der Eigentum an dem Ueberbau hat, hat eben deswegen an der Beseitigung vielfach kein Interesse.

Einfach ist hiegegen auch in diesem Falle Staudingers Lösung. Auch hier ist der Ueberbau wesentlicher Bestandteil des Gebäudes. Der Nachbar hat kein Eigentum am Ueberbau, sondern nur den Beseitigungsanspruch. Letzterer bringt aber keine Verwirrung; im Gegenteil, der Nachbar, den der Ueberbau nur belästigt, wird viel eher mit Verwirklichung des Beseitigungsanspruchs drohen, und der Eigentümer des Gebäudes hat daher alle Ursache, sich schleunigst mit dem Nachbar zu vertragen.

V.

Wie steht es nun, wenn der Hauptteil eines einheitlichen Gebäudes auf das Nachbargrundstück hinübergebaut worden ist? Wer mit der herrschenden Meinung geht, muß die Vorfrage entscheiden, ob in einem solchen Falle von einem Ueberbau gesprochen werden kann. Meisner (Nachbarrecht, II. Aufl. S. 165) bejaht diese Frage und auch das Reichsgericht scheint — nach der Schlußbemerkung in der Urteilsbegründung — dieser Ansicht zuzuneigen. Man kommt also, wenn der Ueberbau nicht geduldet werden muß, zu dem Ergebnisse wie unter IV; muß er aber geduldet werden, dann wäre der Grundstückseigentümer Eigentümer des ganzen Gebäudes, obwohl die Hauptsache hievon auf dem Eigentum des Nachbars steht.

Keines der beiden Ergebnisse kann befriedigen. Hier kann es sich übrigens meines Erachtens nicht mehr um einen Ueberbau handeln; es liegt kein „Hinüberbauen“, sondern eher ein „Herüberbauen“ vor. Nach dem Sprachgebrauch ist ein Ueberbau nur dann anzunehmen, wenn das Gebäude der Hauptsache nach auf dem Grundstücke des bauenden Eigentümers steht und nur mit einem verhältnismäßig geringeren Teile die Grenze überschritten worden ist.

Mit den Leitsätzen Staudinger's gelangt man auch hier zu einer befriedigenden Lösung, ohne daß auf § 912 zurückgegriffen zu werden braucht. Eigentümer des Gebäudes ist der Nachbar, weil der Hauptteil des Gebäudes wesentlicher Bestandteil seines Grundstücks und der auf dem Grundstück des Bauenden stehende Gebäudeteil wesentlicher Bestandteil des Gebäudes ist.

Die Frage, ob der Hauptteil eines Gebäudes auf dem einen oder anderen Grundstücke steht, ist übrigens keineswegs nach der Größe der überbauten Flächen ausschließlich, sondern unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu entscheiden.

VI.

Der Grundsatz superficies solo cedit gilt kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 95 I Satz 2) nicht, wenn jemand in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke ein Gebäude mit diesem Grundstücke verbunden hat. Es handelt sich hier um Dienstbarkeiten, Nießbrauch und Erbbaurecht.

In diesen Fällen wird das Gebäude überhaupt nicht Grundstücksbestandteil, sondern bleibt als selbständige Sache Eigentum des Berechtigten und kann Gegenstand besonderer Rechte sein.

Auch in diesen Fällen ist ein Ueberbau möglich, wenn nämlich der Berechtigte über die Grenze des ihm dienenden Grundstücks in das Nachbargrundstück hineingebaut hat.

Wurde das Gebäude von einem Erbbauberechtigten errichtet, so hat der Nachbar unter den Voraussetzungen des § 912 den Ueberbau zu dulden (§ 1017 BGB.); in allen übrigen Fällen besteht keine Duldungspflicht. Im ersteren Fall ist nach Planck das ganze Gebäude Eigentum des Berechtigten, in letzteren wird es nur zum Teil sein Eigentum, der Rest gehört nach § 94 I dem Eigentümer des Nachbargrundstücks.

Nach Staudinger bleibt auch hier die Einheit des Gebäudes gewahrt; es gehört entweder dem Berechtigten oder wenn es in der Hauptsache auf dem Nachbargrundstücke ruht, dem Eigentümer dieses Grundstücks.

VII.

Angesichts dieser Ergebnisse drängt sich die Frage auf, ob denn die Regel des § 94 I in ihrer ganzen Strenge auch auf die Ueberbaufälle angewendet werden muß. Ich gebe zu, daß diese Anwendung juristisch möglich, nicht aber, daß sie zwingend ist. Die §§ 94, 95, 946 behandeln expressis verbis nur den Regelfall der Verbindung eines Gebäudes mit *einem* Grundstücke. Es läßt sich daher ebenso gut auch denken, daß § 94 nur den Regelfall, nicht aber auch den immerhin verwickelten Fall der Verbindung eines einheitlichen Gebäudes mit *mehreren* Grundstücken treffen, sondern diesen Fall der Praxis zur Entscheidung nach den besonderen Umständen des Falles vorbehalten wollte. Merkwürdig ist es doch gewiß, daß man bei der strengen Durchführung des Grundsatzes schon in den Fällen, wo der Ueberbau geduldet werden muß, zu der mindestens künstlichen Konstruktion eines *Rechtes* aus § 912 seine Zuflucht nehmen muß, um dann wenigstens durch § 95 I Satz 2 zu einem annehmbaren Ergebnisse zu gelangen.

Freilich bringt § 94 in Verbindung mit § 946 klar zum Ausdrucke, daß das Grundstück dem Gebäude gegenüber stets als die Hauptsache zu behandeln ist. Allein gegen diesen Grundsatz verstößt Staudinger nicht, er beschränkt ihn nur aus praktischen Gründen in unwesentlicher, jedoch aus dem Grundsatz des § 93 leicht zu rechtfertigender Weise. Es hat also auch die Staudingersche Ansicht einen gesetzlichen Boden.

Läßt das Gesetz mehrere Lösungen zu, so hat der Richter diejenige anzuwenden, welche der Natur der Sache und dem praktischen Bedürfnisse entspricht. So richtig es einerseits ist, daß eine gesetzliche Vorschrift nicht deshalb umgangen werden darf, weil sie Härten ergibt, so richtig ist es andererseits, daß in Zweifelsfällen die Entscheidung mit Rücksicht auf die Vermeidung von unbefriedigenden Ergebnissen zu treffen ist. Fehlt es in einem Falle an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, so ist nach der Natur der Sache zu entscheiden, und es besteht kein Anlaß zur analogen Anwendung anderer Vorschriften, am wenigsten aber von solchen, die sich einer klaren Lösung entgegenstellen.

Ich komme daher zu dem Schlusse, daß in der Praxis die Staudingerschen Leitsätze den Vorzug vor der konstruktiven Lösung Plancks verdienen. Denn Staudinger kommt in sämtlichen Ueberbaufällen zu einem praktisch verwertbaren Ergebnisse. Seine Lösung trägt in jedem Falle der in der Praxis unabweisbaren Forderung Rechnung, daß eine Gebäude Einheit auch rechtlich als Einheit behandelt werden muß.

Gebührenberechnung beim Erwerb eines Gesellschaftsgrundstückes durch einen Gesellschafter.

Von Rechtsanwalt **Dr. Wilhelm Eßlinger** in München.

I.

Eine offene Handelsgesellschaft verkauft ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück an einen ihrer beiden Gesellschafter. Oder der eine der beiden Gesellschafter scheidet aus der Gesellschaft aus, so daß das ganze Gesellschaftsvermögen, einschließlich des Gesellschaftsgrundstückes, nunmehr dem andern Gesellschafter zusteht.

Wie ist in solchen Fällen die Gebühr für die Besitzveränderung zu berechnen? Aus dem vollen Werte des Grundstückes oder nur aus dem Teile, welchen der Gesellschafter zu seiner bisherigen Beteiligung hinzu erwirbt?

Das bayer. Oberste Landesgericht hält seit Jahren daran fest, daß die Gebühr aus dem *ganzen Werte* des Grundstückes zu berechnen sei. Eine Prüfung dieser Rechtsprechung dürfte aus zwei Gründen von Wert sein.

Zunächst vom Standpunkt der Steuergerechtigkeit aus. Die Gebühren werden erhoben zur Besteuerung von Umsätzen. Insoweit aber der Gesellschafter bisher schon an dem Gesellschaftsvermögen beteiligt war, zu dem das Grundstück gehört, liegt wirtschaftlich kein Umsatz vor. Die Erhebung der Gebühr aus dem ganzen Werte ist daher eine Unbilligkeit.

Der Grundstücksverkehr ist von der neueren Gesetzgebung außerordentlich stark belastet worden. Jede Unbilligkeit in der Anwendung der Gesetze wird daher doppelt bitter empfunden. Enthält sonach die vom Obersten Landesgericht festgehaltene Rechtsprechung in der erwähnten sehr häufig vorkommenden Frage eine Unbilligkeit, so besteht Anlaß, nachzuprüfen, ob diese Härte wirklich eine zwingende Folge des Gesetzes und von ihm gewollt ist.

Ein weiterer Grund, aus dem es sich lohnen dürfte, jene Entscheidungen zu besprechen, liegt in den dabei zu erörternden zivilrechtlichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung. Denn es kommt hier darauf an, welcher Natur die Beteiligung des einzelnen Teilnehmers einer Gemeinschaft zur gesamten Hand an den gemeinschaftlichen Gegenständen ist, eine Frage, die noch wenig geklärt ist.

II.

Das bayer. Oberste Landesgericht hat nicht von Anfang an seinen derzeitigen Standpunkt eingenommen.

Im Beschlusse vom 11. Mai 1882 (Bd. 9 S. 603) wird die Gebühr bei der Uebernahme eines Anwesens durch einen von zwei bisher gleichberechtigten Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft aus der Hälfte des Anwesenswertes berechnet, „weil nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch eine offene Handelsgesellschaft keineswegs als juristische Person zu betrachten, vielmehr lediglich als Sozietät anzusehen ist, welche freilich von der römischen Sozietät in mehrfacher Beziehung, namentlich in bezug auf deren Stellung nach außen, mehrfach sich unterscheidet".

So richtig diese Entscheidung im Ergebnis war, wie unten näher darzulegen sein wird, so angreifbar ist die Begründung, welche dem Verdacht Raum gibt, als werde die völlige Wesensverschiedenheit zwischen der römischen Sozietät und der offenen Handelsgesellschaft übersehen und die Verschiedenheit nur in Einzelheiten erblickt. Diese angreifbare Begründung hatte leider zur Folge, daß, auf Grund einer vermeintlich besseren Einsicht in das Wesen der offenen Handelsgesellschaft, auch das Ergebnis fallen gelassen und die Gebühr nunmehr aus dem ganzen Werte berechnet wurde. Seit Beginn der 90er Jahre wird in einer Reihe von Entscheidungen immer wieder der Satz aufgestellt, die offene Handelsgesellschaft sei ein von der Person der einzelnen Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt, also juristische Person. Aus dieser zivilrechtlichen Konstruktion mußte naturgemäß die Rechtsfolge gezogen werden, daß beim Uebergang eines Anwesens von der Gesellschaft auf einen einzelnen Gesellschafter dieser das ganze Eigentum neu erwerbe, an dem er vorher keinen Teil gehabt habe, also auch die volle Gebühr bezahlen müsse.

Nun konnte allerdings die Konstruktion, daß die offene Handelsgesellschaft nach den Bestimmungen des HGB. eine selbständige Rechtspersönlichkeit sei, nicht lange aufrecht erhalten werden. Schon im Beschluß vom 3. November 1900 (n. S. Bd. 1 S. 523) wird sie fallen gelassen.

Nun wird aber ausgeführt, die Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person sei zwar nicht richtig, sie habe aber früher viele Anhänger gehabt und liege auch den Bestimmungne des Bayer. GebG. zugrunde, wie sich aus der Vorschrift über das Gebührenäquivalent ergebe. Diese Auffassung des Gesetzgebers müsse daher für die Anwendung des Gebührengesetzes maßgebend sein. Für die Anwendung des Gebührengesetzes sei also die als unrichtig erkannte Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person beizubehalten. Demgemäß sei die volle Gebühr zu erheben.

An dieser Rechtsauffassung hat das bayer. Oberste Landesgericht ständig bis jetzt festgehalten. Nur hat es in letzter Zeit mit dieser Begründung eine weitere verbunden, welche sich der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichtes (Bd. 65 S. 231, Bd. 68 S. 412) über das Wesen der Gesamthandberechtigung anschließen und auch hieraus die Richtigkeit des eingenommenen Standpunktes ableiten will.

Die Praxis hat sich, trotz der gleichmäßigen Entscheidungen des ObLG., nicht bei ihnen beruhigt. Wiederholt haben landgerichtliche Zivilkammern als Beschwerdeinstanzen entweder die Gebührenpflicht ganz verneint, weil bei dem Eigentum zur gesamten Hand der Gesellschafter schon vorher auf das Ganze berechtigt und nur durch das gleiche Recht der anderen eingeschränkt gewesen sei, weil also ein Eigentumswechsel überhaupt nicht stattgefunden habe, oder den Standpunkt einer anteiligen Gebührenschuld eingenommen. Der letzteren Auffassung haben sogar häufig die Rentämter selbst, bis zur Korrektur durch die vorgesetzte Stelle, gehuldigt; so sehr entsprach sie dem natürlichen Gefühl. Auch der bayerische Verwaltungsgerichtshof hat diesen letzteren Standpunkt vertreten (vgl. z. B. die Entscheidung vom 26. November 1911 in Sachen Gießel, abgedruckt in der Augsburger Abendzeitung vom 30. November 1911).

III.

Es ist nun die juristische Begründung, welche das bayerische Oberste Landesgericht für seine Stellungnahme gibt, im einzelnen näher zu untersuchen.



Ursprünglich beruhte, wie schon ausgeführt, die Berechnung der vollen Gebühr durch das Oberste Landesgericht darauf, daß es die offene Handelsgesellschaft als juristische Person auffaßte. Als diese Konstruktion fallen gelassen werden mußte, wurde sie für das Gebührenrecht aufrecht erhalten mit der Behauptung, daß sie diesem zugrunde liege und deshalb bei seiner Anwendung weiter zu gelten habe.

Kein Fortschritt der Rechtswissenschaft wäre mehr möglich, wenn jedes Gesetz die unrichtigen rechtlichen Konstruktionen seiner Zeit als gewissermaßen kristallisierten Irrtum unwandelbar in sich bergen würde. Die Verfasser des bayerischen GebG. (oder der hier einschlägigen Bestimmungen) mögen sich die offene Handelsgesellschaft als juristische Person vorgestellt haben; das Gesetz selbst enthält diese unrichtige Konstruktion nicht und bindet nirgends an sie. Wohl hat das Oberste Landesgericht Recht, wenn es zur Verteidigung seiner Anschauung gegenüber dem recht unglücklichen Angriff, daß die Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person im Widerspruch mit dem Reichsrecht stehe, darauf hinweist, daß das GebG. in das bürgerliche Recht nicht eingreife und daß es zwar nicht bestimmen könne, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei, wohl aber, daß sie auf seinem Gebiete wie eine juristische Person behandelt werden solle (Slg. n. F. 4, 798). Gewiß; das bayerische Recht könnte eine solche Bestimmung treffen, die für das Gebiet des Gebührenrechtes eine gesetzliche Fiktion schaffen würde. Jedoch müßte der Nachweis erbracht werden, daß es eine solche Bestimmung tatsächlich getroffen hat. Das Oberste Landesgericht will den Beweis in der Bestimmung des Art. 258 (früher 218, dann 254) des GebG. finden. Dort ist aber nur gesagt, daß juristische Personen, Handels- und Versicherungsgesellschaften, Genossenschaften, Vereine sowie andere Gesellschaften und Anstalten unter gewissen Voraussetzungen ein Gebührenäquivalent zu bezahlen haben. Man könnte daraus, daß die Handelsgesellschaften, unter die doch auch die offene Handelsgesellschaft fällt, neben den juristischen Personen eigens genannt wurden, eher den Schluß ziehen, daß ihre Unterstellung unter die juristischen Personen doch nicht als etwas so ganz Feststehendes betrachtet wurde. Keinesfalls aber folgt aus der Gleichstellung der offenen Handelsgesellschaft mit der juristischen Person in einem einzigen Punkt durch eine besondere gesetzliche Bestimmung, daß nun auch in allen anderen Beziehungen die offene Handelsgesellschaft als juristische Person behandelt werden solle.

Auch in der Ausdrucksweise des Art. 258 will das Oberste Landesgericht die Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ausgesprochen finden: „Das Gesetz spricht in Art. 258 von einem Eigentum der offenen Handelsgesellschaft an den Grundstücken; das Eigentum des Gesellschafters ist davon verschieden" (Slg. n. F. 12, 261). Auch diese Beweisführung ist nicht überzeugend. Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte aller Art erwerben, auch Eigentum an Grundstücken. Es ist daher zulässig und üblich, von dem Eigentum der offenen Handelsgesellschaft zu sprechen, ohne daß damit etwas anderes gemeint wäre, als das den Gesellschaftern in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit zur gesamten Hand zustehende Eigentum. Wenn also Art. 258 GebG. von Eigentum der offenen Handelsgesellschaft spricht, so drückt er damit noch nicht einmal die Rechtsanschauung aus, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei. Noch viel weniger aber liegt in dieser Ausdrucksweise die Vorschrift enthalten, daß die offene Handelsgesellschaft in allen gebührenrechtlichen Beziehungen und Fragen gleich einer juristischen Person behandelt werden solle.

Genau Entsprechendes gilt von dem Inhalt und der Ausdrucksweise des gelegentlich auch zur Begründung herangezogenen Art. 41 AG. ADHGB. wo in Eränzung des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 bestimmt wird, daß wenn „eine Handelsgesellschaft" der Besitzer der unbeweglichen Sache sei, deren Firma, nicht aber die Namen der Gesellschafter einzutragen sei.

In einer der neuesten Entscheidungen des Obersten Landgerichtes (vom 31. März 1913, Slg. n. F. 14 S. 192) wird noch ausgeführt, der beste Beweis für die Richtigkeit der Auslegung des Obersten Landesgerichtes sei der Umstand, daß „der Gesetzgeber", obgleich ihm dessen Rechtsprechung habe bekannt sein müssen, bei den späteren Aenderungen des GebG. keinen Anlaß genommen habe, ihr entgegenzutreten. Die Vorstellung eines „persönlichen Gesetzgebers" verführt hier also dazu, auch die Unterlassung einer Gesetzesänderung zur Auslegung heranzuziehen. Nur das Gesetz gilt, nicht die Meinungen, die „der Gesetzgeber" angeblich bei der Erlassung des Gesetzes gehabt haben soll, oder gar die vielleicht auseinandergehenden Anschauungen, die das Zustandekommen eines Gesetzes verhindert haben mögen.

Aus dem bayerischen GebG. aber läßt sich, wie gezeigt, nicht der Satz ableiten, daß die offene Handelsgesellschaft gebührenrechtlich als juristische Person zu behandeln sei.

Daraus ergibt sich, daß die offene Handelsgesellschaft auch auf dem Gebiete des GebG. als das zu behandeln ist, was sie ist. Sie ist aber kraft des HGB. und des dieses ergänzenden BGB. eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Demnach ist sie auch gebührenrechtlich als solche zu behandeln.

Dazu kommt noch, daß der Erwerb von Gesellschaftsgrundstücken durch einen Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft gebührenrechtlich doch nicht wohl anders beurteilt werden kann, als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, und daß es doch gewiß nicht anginge zu behaupten, die

Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes sei im Sinne des GebG. als juristische Person zu behandeln.[1])

In neuerer Zeit hat denn auch das Oberste Landesgericht seine Entscheidungen auf diesem Gebiete in erster Linie mit Ausführungen begründet, die von der Natur des Gesamthandsverhältnisses ausgehen; nur unterstützend wird dann beigefügt, daß auch daran festgehalten werde, daß auf dem Gebiete des GebG. die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei (vgl. insbesondere den Beschluß vom 4. April 1911, Slg. 12 S. 250 ff., hier S. 259—261). Es ist nicht recht folgerichtig, wenn die Konstruktionen der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person und als Gesamthand, und zwar die letztere offenbar auch mit Geltung für das Gebiet des Gebührenwesens, nebeneinandergestellt werden, und zwar nicht etwa in einem Eventualverhältnisse, sondern wenigstens der Wortfassung des angeführten Beschlusses nach, als gleichwertig. Allein in diesem Versuch, die Konstruktion als juristische Person nicht ganz aufzugeben, zeigt sich wohl nur das Bestreben, mit der bisherigen Rechtsprechung in einem gewissen Zusammenhang zu bleiben; das Ergebnis soll nunmehr offenbar in erster Linie aus der Konstruktion als Gesamthand gewonnen werden.

Das Oberste Landesgericht führt hier ungefähr folgendes aus (Slg. 12 S. 259/60, 276, 300/01):

Die offene Handelsgesellschaft sei eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand. Der einzelne Gesellschafter sei an den einzelnen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens unmittelbar berechtigt. Unter Miteigentum verstehe das BGB. nur das Miteigentum nach Bruchteilen; der sachenrechtliche Inhalt des Eigentums „der Gesamthand" und der Berechtigung ihrer einzelnen Mitglieder sei im BGB. nicht geregelt. Es stehe also nichts entgegen, diese letztere Berechtigung nicht als Eigentum zu behandeln, und da andererseits gerade die Gesamthand die Befugnisse des Eigentümers ausübe, eine Mehrheit von Eigentumsrechten an einer Sache als Ganzem jedoch ausgeschlossen sei, erscheine es entsprechend, die Berechtigung der einzelnen Teilhaber an der einzelnen Sache nicht unter dem Begriff des Eigentums im Sinne des BGB. unterzubringen. Allerdings sei bei der gesamten Hand grundsätzlich jeder Gemeinschafter auf das Ganze berechtigt; diese eingeschränkte Berechtigung auf das Ganze sei aber eben wegen der Einschränkung nicht Eigentum. Einer näheren positiven Bestimmung über die Art dieser Berechtigung des Einzelnen bedürfe es für die Zwecke der Gebührenbewertung nicht.

In der Tat: Wenn das Recht des einzelnen Gesellschafters an der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sache nicht Eigentum ist, so ist ohne weiteres klar, daß der Gesellschafter, welcher eine bisher zum Gesellschaftsvermögen gehörige Sache zum Alleineigentum erwirbt, das ganze Eigentum daran neu erwirbt und daher auch die Gebühr aus dem vollen Werte zu bezahlen hat. Aber die Frage nach der Art der Berechtigung des Gesellschafters an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens läßt sich doch nicht so leicht beiseite schieben; sie drängt sich gebieterisch auf und verlangt eine Antwort, wenn sich die Behauptung Anerkennung erringen soll, daß diese Berechtigung des Gesellschafters an der Gesellschaftssache nicht Eigentum sei. Wer ist Eigentümer einer zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sache? Das Oberste Landesgericht spricht von einem „Eigentum der Gesamthand", leugnet das Eigentum der einzelnen Gesellschafter und will diesen nur eine andere Berechtigung an der Sache (also ein anders geartetes dingliches Recht) zusprechen. Allein die Gesamthand ist nicht juristische Person, nicht Rechtssubjekt (weshalb auch der irreführende Ausdruck „die Gesamthand" an Stelle von „die Gesellschafter zur gesamten Hand" besser unterbliebe). Demgemäß können nur die Gesellschafter die Eigentümer der Sache sein. Und ferner: welcher Art sollte denn das dingliche Recht der Gesellschafter sein, wenn es nicht Eigentum ist? Unser Recht hat einen geschlossenen Kreis dinglicher Rechte. Es ist klar, daß aus Eigentum kein anderes dingliches Recht dadurch werden kann, daß das Eigentum, das bisher einem Einzelnen zustand, etwa durch Erbgang oder durch Einlegung in eine Gesellschaft an eine Gemeinschaft zur gesamten Hand gerät. Das Recht der einzelnen Gesellschafter ist also Eigentum. Dieses Eigentum steht den mehreren Gesellschaftern gemeinschaftlich, oder, was genau dasselbe ist, jedem einzelnen zu einem Anteile zu, (der aber kein Bruchteil ist). Das Recht selbst ändert seinen Inhalt grundsätzlich keineswegs danach, ob es einem Einzelnen oder mehreren zusteht, noch auch im letzteren Fall danach, in welchem Rechtsverhältnis die mehreren zueinander stehen und nach welchem Rechtsverhältnisse die Verteilung der aus dem Rechte fließenden Befugnisse und die Ordnung ihrer Ausübung geschieht.

IV.

Wir gelangen demnach zunächst zu folgenden Ergebnissen:

[1]) Die Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person auf dem Gebiete des Gebührenrechtes führt in einigen häufig vorkommenden Fällen zu Ergebnissen von besonders großer Unbilligkeit. Nach Art. 146 GebG. beträgt die Gebühr bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen 1%, während sie sonst 2% ausmacht. Erwirbt also jemand von seinem Bruder ein Grundstück, so hat er dafür 1% des Wertes Gebühr zu entrichten. War er aber mit seinem Bruder in offener Handelsgesellschaft und dadurch schon zuvor an dem Grundstücke beteiligt, so hat er nach der Rechtsprechung des Obersten Landesgerichtes nicht etwa entsprechend weniger Gebühr zu bezahlen, sondern 2% vom vollen Wert des Grundstückes; denn er erwirbt ja das Grundstück von der Gesellschaft (nicht etwa den fehlenden Anteil von seinem Bruder!), und mit der Gesellschaft ist er ja nicht verwandt. Ein Ergebnis, das für sich allein schon das Oberste Landesgericht zu einer Revision seiner Theorie veranlassen sollte.



1. Die offene Handelsgesellschaft ist auch im Bayerischen Gebührenrechte nicht als juristische Person, sondern als Gemeinschaft zur gesamten Hand zu behandeln.

2. Beim Erwerb eines Gesellschaftsgrundstückes durch einen einzelnen Gesellschafter ist davon auszugehen, daß der erwerbende Gesellschafter schon bisher anteilig an dem Grundstücke berechtigt war.

Was folgt nun hieraus?

Zunächst keineswegs, daß der Rechtsvorgang gebührenfrei zu belassen sei. Denn ein Erwerb von Eigentum liegt ja vor. Daran darf auch die Tatsache nicht irre machen, daß das Eigentum zur gesamten Hand gewissermaßen elastisch ist, so daß das Recht des Einzelnen beim Wegfallen eines Mitberechtigten sich ohne weiteres ausdehnt. Diese Ausdehnungsfähigkeit einer Mitberechtigung ist nichts, was dem Gesamthandseigentum allein eigentümlich wäre; sie kann vielmehr auch bei der Teilung von Rechten nach Bruchteilen vorkommen (vgl. z. B. die Anwachsung im römischen Erbrecht). Die Behauptung, daß der einzelne Teilhaber schon vorher auf das Ganze berechtigt und nur durch die gleiche Berechtigung der anderen beschränkt sei, ist nichts als ein anderer (und in mancher Beziehung irreführender) Ausdruck für die von vorneherein bestehende Möglichkeit der Ausdehnung des Rechtes. Wird diese Möglichkeit zur Tatsache, so bedeutet das einen Rechtserwerb, sowohl zivilrechtlich, als auch vom Standpunkte des Gebührenrechtes.

Aber dieser Rechtserwerb bezieht sich nicht auf das ganze Eigentum. Es darf der Umstand nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Erwerbende schon vorher anteilig berechtigt war. Er erwirbt nur den anderen Anteil oder die anderen Anteile.

Wie ist nun dieser Vorgang gebührenrechtlich zu behandeln? Das bayerische Gebührenrecht enthält, wie gezeigt, keine unmittelbar anwendbare Vorschrift. Die Lösung der Frage ist daher auf dem Wege der Analogie und unter Berücksichtigung der Erfordernisse der Billigkeit zu suchen.

Die Berechnung der Gebühr nach dem ganzen Werte des Grundstückes setzt den Fall anteiligen Erwerbes demjenigen des Erwerbes der ganzen Sache gleich. Dies ist weder vom Standpunkt der Analogie noch von demjenigen der Billigkeit und der wirtschaftlichen Würdigung des Vorganges als richtig anzuerkennen. Vielmehr weisen alle diese Gesichtspunkte auf die Behandlung entsprechend dem Falle anderer Rechtsanteile, nämlich derjenigen nach Bruchteilen, hin. Der Erwerb einer Sache, an der der Erwerber schon einen Anteil zur gesamten Hand hat, steht nicht dem Falle am nächsten, in welchem der Erwerber der Sache noch fremd gegenübersteht, sondern demjenigen, in welchem er schon durch einen Bruchteil daran beteiligt ist. In Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften ist er daher entsprechend diesem Falle zu behandeln. Es stellt sich heraus, daß jene ursprüngliche Entscheidung des Obersten Landesgerichtes vom 11. Mai 1882, in der die offene Handelsgesellschaft als Sozietät aufgefaßt und darum die Gebühr nach Bruchteilen berechnet war, nur darin fehl ging, daß sie die Berechnung nach Bruchteilen unmittelbar anwandte; hiebei wurde das Wesen der Gesamthandsberechtigung verkannt. Aber die Anwendung jener Berechnung im Wege der Analogie und damit das Ergebnis jener früheren Entscheidung erweist sich als richtig, da das Eigentum des Gesellschafters zwar nicht Bruchteilseigentum ist, aber immerhin einem solchen näher steht, wie einer Alleinberechtigung. Ganz besonders gilt dies im wirtschaftlichen Sinne. Ob ein Grundstück vier Gesellschaftern einer römisch-rechtlichen Sozietät oder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes oder einer offenen Handelsgesellschaft gehört, bedeutet für das wirtschaftliche Interesse des einzelnen Gesellschafters an dem Grundstück keinen besonders tiefgreifenden Unterschied. Jeder von vier gleichberechtigten Gesellschaftern wird, auch wenn es sich nicht um eine Gesellschaft nach Bruchteilen handelt, sein Interesse an dem Grundstücke in dem vierten Teil seines Wertes erblicken, und er wird erstaunt sein, wenn ihm beim Erwerb des Grundstückes für sich allein aus der Gemeinschaft die Bezahlung der vollen Gebühr zugemutet wird, wie wenn er an dem Grundstück noch gar kein Recht gehabt hätte.

Die vorstehenden Ausführungen beschränkten sich auf die offene Handelsgesellschaft; sie gelten aber ebenso für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Bei dieser fehlt von vornherein die Möglichkeit, zu behaupten, daß sie im Sinne des Gebührengesetzes als juristische Person zu gelten habe. Daß auch das, tatsächlich bestehende, Gesamthandsverhältnis bei richtiger Auffassung der darin wurzelnden Anteilsberechtigungen einer Berechnung der Gebühr nach Bruchteilen nicht entgegensteht, wurde bereits oben gezeigt. Uebrigens hat das Oberste Landesgericht selbst keinen Anstand genommen, die Anteilsrechte an Grundstücken bei einer ehelichen Gütergemeinschaft entsprechend den Bruchteilen anzunehmen, die sich bei der Auseinandersetzung einmal ergeben werden (vgl. Slg. 13 S. 637).

Es darf daher die Hoffnung ausgesprochen werden, daß die in der Anwendung der vollen Besitzveränderungsgebühr beim Uebergange gesellschaftlichen Eigentums auf einen Gesellschafter liegende unbillige Gesetzesauslegung wieder aufgegeben werde, um so mehr, als die neuere Gesetzgebung des Reichs und der meisten Bundesstaaten diese Härte vermeidet.[5])

[5]) Vgl. § 25 WertZuwStG.; Tarifst. 1e des neuen und 11c des bisherigen RStempStG.; Tarifst. 25 des PrStempStG.; Art. 12 des WürttUmsatzStG.



Kleine Mitteilungen.

Vorschläge zu einem Reichsgesetze über den Vollzug der Freiheitsstrafen und sichernden Maßnahmen. Mitglieder des Ausschusses des Vereins der deutschen Strafanstaltsbeamten (E. V.) haben nach wiederholter Beratung in einer engeren und erweiterten Kommission Vorschläge samt Begründung zu dem Entwurf eines Reichsgesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafen und sichernden Maßnahmen ausgearbeitet, und der Vereinsausschuß hat nun den Mitgliedern des Vereins die Vorschläge nebst Begründung gesendet, um ihnen Gelegenheit zur Nachprüfung und Aeußerung zu geben.

Die Vorschläge stellen, wie der Name sagt, nicht den Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes dar, sondern wollen nur die Grundlage für die künftige Ausarbeitung eines Entwurfes schaffen. In den Tagen vom 26.—28. Mai ds. Js. wird in Hamburg eine allgemeine Mitgliederversammlung des Vereins abgehalten werden. Bei der Versammlung wird den Hauptgegenstand der Tagesordnung die Beratung und Beschlußfassung über die bekanntgegebenen Kommissionsvorschläge bilden. Dabei soll der Vereinsausschuß Vollmacht erhalten, namens des Vereins die Vorschläge (mit den etwa von der Vereinsversammlung zu beschließenden Aenderungen) dem Reichsjustizamt vorzulegen. Man wird im Verein und außerhalb des Vereins die Aufstellung der Vorschläge lebhaft begrüßen können, weil sie, wenn nicht den ersten, so doch einen sehr wichtigen und großen Schritt auf dem Wege bedeuten, den Strafvollzug im ganzen Reich in weiterem Umfange als bisher einheitlich zu gestalten. Es muß erreicht werden, daß Personen, denen auf Grund der Reichsgesetze die Freiheit entzogen ist, im wesentlichen einheitlichen Vorschriften unterliegen, mag die Freiheitsstrafe oder sichernde Maßnahme in Bayern, Preußen, Sachsen oder einem anderen Bundesstaat vollzogen werden. Manches Rückständige, was sich in den einzelnen Bundesstaaten noch finden mag, würde beseitigt werden, wenn die Vorschläge bindende Geltung erlangen würden. Die beabsichtigte schärfere Betonung des Unterschieds im Vollzug der Zuchthaus- und der Gefängnisstrafe würde einen erheblichen Fortschritt bedeuten. Auch enthalten die Vorschläge einige, allerdings dürftige Bestimmungen über die in den Rahmen des künftigen Strafgesetzbuches gedachten Anstalten zum Vollzuge der Sicherungshaft mit einer begrenzten Unbestimmtheit der Verwahrungsdauer für gemeingefährliche Personen, die kriminell geworden sind. Anderseits ist nicht zu verkennen, daß die Vorschläge in bezug auf Schaffung von Sonderanstalten und Sonderabteilungen zu weitgehende Ansprüche machen; denn wenn nach den Vorschlägen verfahren werden würde, würden wir Sonderanstalten und Sonderabteilungen erhalten nicht nur für den Vollzug der Zuchthausstrafe, der Gefängnisstrafe, der Strafe der Einschließung und der Haftstrafe, je mit Trennung der männlichen, weiblichen, jugendlichen und erwachsenen Gefangenen, sondern es sollten auch ausgesondert werden die Gefangenen, welche nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, und in den Anstalten oder Abteilungen für Jugendliche die erheblich Vorbestraften und die vermindert Zurechnungsfähigen. Ferner wären neben Anstalten oder Abteilungen für erwachsene körperlich Gebrechliche (Invalide) und für Gefangene, die im Strafvollzug in Geisteskrankheit verfallen sind, noch Anstalten oder Abteilungen zu errichten für Erwachsene, welche als gemindert Zurechnungsfähige verurteilt worden sind, natürlich stets unter Trennung der Geschlechter und der Zuchthaus- und der anderen Sträflinge. Dazu würden in den Arbeitshäusern räumlich auszusondern sein:

a) die Zuhälter,
b) die Diebe, Hehler und Betrüger,
c) die übrigen, hauptsächlich also die Bettler, Landstreicher und Dirnen, wieder unter Trennung der Geschlechter.

Bei den in Aussicht genommenen Sonderanstalten oder -abteilungen für die sichernde Verwahrung gemeingefährlicher Rechtsbrecher ist neben der Auseinanderhaltung der Geschlechter wohl auch wieder eine Trennung der geistig Minderwertigen, der Trinker und der anderen Personen, die gewerbs- und gewohnheitsmäßig Verbrechen begehen, durchzuführen, wenn nicht trotz begreiflicher Abneigung vorgezogen wird, die Minderwertigen und Trinker öffentlichen Irrenanstalten zuzuweisen.

So viele Sonderanstalten und -abteilungen dürften kaum veranlaßt sein und ein Uebermaß von Schwierigkeiten bieten; besonders dann, wenn die Trennung der Anstaltsbevölkerung nach dem Glaubensbekenntnis in größerem Umfang festgehalten oder eingeführt werden müßte. In zeitgemäß eingerichteten Zellenstrafanstalten, welche die Möglichkeit der Durchführung strenger und gemildeter Einzelhaft, voller und eingeschränkter Gemeinschaftshaft bieten, kann vieles von dem, was die Vorschläge durch Sonderanstalten und Sonderabteilungen erreichen wollen, auch ohne solche Abteilungen und Anstalten erzielt werden.

Manches in den Vorschlägen bedarf noch dringend einer Klarstellung; z. B.: Die Frage, wie weit der Vollzug der strengen Einzelhaft ohne die Zustimmung des Gefangenen die Dauer von 3 Jahren übersteigen darf oder muß; ferner, ob man wirklich auf die Disziplinarstrafe des Ausschlusses von der Bewegung im Freien verzichten und sogar Arrestgefangene obligatorisch zur Bewegung im Freien zulassen soll, was m. E. gegen Begriff und Zweck der Arreststrafe verstoßen würde auch dann, wenn, wie vorgeschlagen, solche Gefangene von anderen Gefangenen im Hof getrennt gehalten werden würden.

Wenn das Ziel, den Strafvollzug in den deutschen Bundesstaaten weitgehend zu vereinheitlichen, erreicht werden soll, werden die in den Vorschlägen allzu oft gewählten Ausdrücke: „können, dürfen, sollen, tunlichst, möglichst, wenn, soferne, wenn angängig, soweit angemessen" usw. sehr erheblich eingeschränkt werden müssen; sonst bleibt eben die Verschiedenheit bestehen.

Im allgemeinen wird in den bayerischen Strafanstalten kein Bedürfnis bestehen, bald wieder abändernde Vorschriften zu erhalten. Denn die seit 1907 in Kraft getretene, hohen Ansprüchen an einen zeitgemäßen Strafvollzug genügende Hausordnung samt den dazu ergangenen Ausführungsvorschriften ermöglicht eine weitgehende Individualisierung. Lebhafter wird der Wunsch sein, in den Anstalten, in welchen wegen baulicher Unzulänglichkeiten die Durchführung der Hausordnung noch nicht vollständig möglich ist, diese Unzulänglichkeiten zu beseitigen. Auch bedarf die Abgrenzung der Stoffe, welche reichsgesetzlich festgelegt, und derjenigen, welche durch Anordnung des Bundesrats geregelt werden sollen, noch

reiflicher Erwägung. Es wird recht viele geben, die der Meinung sind, daß zunächst weitere bundesrätliche Anordnungen einer reichsgesetzlichen Festlegung vorzuziehen seien. Der lebhafte Wunsch, an der künftigen Ausgestaltung des Strafvollzuges mitzuwirken, besteht bei allen Beteiligten.

Strafanstaltsdirektor Leybold in Landsberg.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Ansprüche wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft: 1. Die Klage auf Unterlassung setzt die Gefahr, nicht nur die Möglichkeit einer Wiederholung voraus. 2. Anwendung des § 826 BGB. in einem Falle, wo die Auskunft aus Fahrlässigkeit falsch erteilt worden ist. Aus den Gründen: 1. Nach feststehender Rechtsprechung (vgl. RGRKomm.[2] I Vorbem. 6 vor § 823 unter II und III S. 774) setzt die Unterlassungsklage die ernstliche und durch Tatsachen begründete Besorgnis voraus, daß die zu unterlassende Handlung wiederholt werden könne. Die Wiederholungsgefahr ist Voraussetzung für die Verurteilung. Sie muß also nicht nur zur Zeit der Klagerhebung bestanden haben, sondern fortbestehen auch in demjenigen Zeitpunkte, wo die Verurteilung ausgesprochen werden soll. Fällt sie im Laufe des Rechtsstreits weg, so wird damit auch die Berechtigung zur Unterlassungsklage beseitigt. (Vgl. diese Zeitschrift 1913 S. 229). Der Beklagte hatte das Vorliegen einer solchen Wiederholungsgefahr ausdrücklich bestritten; er habe sein Geschäft mit Firma, Aktiven und Passiven auf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung übertragen, mit deren Geschäftsführung er nichts zu tun habe; seitdem lebe er als Privatmann und werde also Auskünfte über den Kläger nie mehr erteilen. Das OLG. weist demgegenüber darauf hin, daß der Beklagte schon in erster Instanz sich auf den Standpunkt gestellt habe, zu solchen Auskünften an etwa anfragende Firmen geradezu verpflichtet zu sein; auch nachdem er kein Geschäft mehr betreibe, bleibe doch „eine Anfrage bei ihm möglich". Hier ist verkannt, daß eine solche bloße Möglichkeit — ohne weitere die Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung begründende tatsächliche Unterlagen — nicht genügt. Nachdem der Beklagte schon im Mai 1911 sein Geschäft aufgegeben hat — nach der im März gl. Js. erfolgten Erhebung der Klage —, ist die Aussicht, er werde noch einmal in die Lage kommen, über den Kläger eine Auskunft des mit der Klage bekämpften Inhalts zu erteilen, schon zur Zeit der Erlassung des Berufungsurteils (21. Februar 1913) so fernliegend und unwahrscheinlich gewesen, daß schon aus diesem Grunde das Unterlassungsbegehren abzuweisen gewesen wäre.

2. Richtig ist, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten dann vorläge, wenn feststünde, daß der Beklagte sich bewußt gewesen ist, keine genügenden Anhaltspunkte für die Anzweifelung der Redlichkeit des Klägers zu haben: die mit Bewußtsein vom Nichtwissen oder mit Bewußtsein ohne Ueberzeugung aufgestellte Behauptung bestimmter Tatsachen ist eine arglistige und deshalb sittenwidrige Handlung i. S. des § 826 (vgl. bes. RG. 76, 313 ff., 320; Urt. des erk. Senats vom 4. Nov. 1912 VI 178/1912 und vom 10. Februar 1913 VI 476/1912). Hiervon wohl zu scheiden aber ist der Fall, wo der Auskunft Erteilende lediglich dadurch fehlt, daß er bei gehöriger Sorgfalt zur Erkenntnis der Unwahrheit seiner Mitteilung hätte gelangen müssen, aber nicht gelangt ist: ein solches fahrlässiges Verhalten (§ 276 BGB.) ist nicht wie jenes erstangeführte als Arglist zu kennzeichnen und nur unter besonderen Umständen ein Verstoß gegen die guten Sitten, wie unten noch näher darzulegen sein wird. Das OLG. läßt die Möglichkeit offen, daß der Beklagte bei Erteilung seiner Auskunft nicht gewußt hat, sondern nur „bei gewöhnlicher Ueberlegung hätte wissen müssen", daß ihm genügende Anhaltspunkte für die Anzweifelung der Redlichkeit des Klägers fehlen; damit legt es dem Beklagten zur Last, er habe ein leichtfertig gewonnenes Urteil ausgesprochen. Die Frage ist nun, ob unter den besonderen Umständen des Falles in einem solchen Verhalten mit ausreichendem Grunde ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden worden ist. Das ist nicht anzuerkennen. Daß jene Beurteilung auch für bloß fahrlässig falsche Auskunftserteilung am Platze sein kann, ist in der Rechtsprechung besonders des erk. Senats schon wiederholt ausgesprochen worden. Hervorgehoben seien die Fälle RG. 72, 175, wo es sich um die Begutachtung des Geisteszustandes durch einen Arzt, JW. 1911, 584[27], wo es sich um Auskunft über die Kreditwürdigkeit durch einen Bankier handelte; erwähnt sei dazu auch die Entscheidung JW. 1912, 749[14], wo die fahrlässige Verbreitung unwahrer Behauptungen im Lohnkampfe beurteilt wird, andererseits auch das Urteil vom 20. Mai 1912 VI 416/1911, wo für die Auskunft eines Rechtsanwalts über Vermögensverhältnisse eines Dritten eine Sittenwidrigkeit verneint worden ist. Im Einklang mit dieser Rechtsprechung ist grundsätzlich davon auszugehen, daß in der fahrlässig falschen Auskunfterteilung nur unter besonderen Umständen ein Verstoß gegen die guten Sitten, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu finden ist, so besonders dann, wenn der Auskunft um der Berufsstellung des Erteilenden willen ein besonderes Ansehen beigemessen wird, und nur bei einer besonders zu beurteilenden Fahrlässigkeit. Daß bei der Auskunfterteilung des vormaligen Prinzipals über den Angestellten die Umstände regelmäßig von der hier in Frage kommenden besonderen Art sein werden, ist nicht zu verkennen: das Urteil des Prinzipals über den Angestellten beansprucht der Stellung des Dienstherrn entsprechend besonderes Gewicht. Die Redlichkeit des Angestellten anzweifeln heißt ihm das Fortkommen abschneiden. Zutreffend hebt das OLG. hier auch noch besonders hervor, daß der Kläger lange Zeit in einer Vertrauensstellung sich bewährt hatte, daß ihm bei seiner Entlassung ein Mißtrauen in seine Ehrlichkeit nicht zu erkennen gegeben worden war und daß die von der Auskunft für den Kläger zu gewärtigenden schädlichen Folgen dem Beklagten unmittelbar vor Augen lagen. Würden hiernach einerseits die vom OLG. hervorgehobenen Umstände im allgemeinen die Annahme eines Sittenverstoßes zulassen, so muß doch andererseits für eine solche weiter ein erhöhter Grad von Fahrlässigkeit verlangt werden. Würde der Vorwurf der Sittenwidrigkeit immer für begründet erachtet, wenn jemand bei reiflicher Ueberlegung, bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB.) zu der Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der von ihm erteilten Auskunft hätte gelangen müssen, so würde damit der Vorschrift des § 826 BGB. ein Anwendungsgebiet eröffnet, das über den Rechtsbegriff der guten Sitten und das vom Gesetz Gewollte erheblich hinausginge. Gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt nicht jedes der erforderlichen Sorgfalt entbehrende, leichtfertige Urteil; regelmäßig dann erst, wenn es gewissenlos genannt zu werden verdient, wird man von einem Verstoß gegen die guten Sitten sprechen können. Diesen Vorwurf wird derjenige verdienen, der, ohne sachlich eindringende Prüfung, aber auch ohne ausreichendes Verantwortlichkeitsgefühl und ohne billig denkendes Mitempfinden für die Geschicke anderer urteilt und sein

Urteil äußert, wo er berufen ist, ein für das Dasein eines anderen entscheidendes Urteil abzugeben. Daß das OLG. sich dieser — sittlich zu kennzeichnenden — Grenze nicht bewußt ist, ergibt der Satz: „wer das nicht tut, verstößt gegen die im Verkehr gewöhnliche Sorgfalt". Ein Verstoß gegen die gewöhnliche Sorgfalt ist keinesfalls schon ein Verstoß gegen die guten Sitten. Zur Entlastung des Beklagten in dieser Hinsicht würde es nach dem Ausgeführten allerdings nicht ohne weiteres ausreichen, daß er an die Wahrheit des über die Redlichkeit des Klägers Gesagten selbst geglaubt hat: er kann gewissenlos gehandelt haben, indem er bei diesem Glauben verharrte und Mittel und Wege verschmähte, sein Urteil zu prüfen und zu berichtigen. (Urt. des VI. ZS. vom 20. Okt. 1913, VI 228/1913). E.

3202

II.

1. Zurückverweisung in die erste Instanz, wenn deren Urteil „die Klage" dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, die Begründung aber sich nur mit dem einen der beiden eingeklagten Ansprüche befaßt? 2. Auslegung eines nachträglichen Verzichtes auf Ansprüche wegen der Mängel eines durch Kauf oder Tausch erworbenen Grundstücks; Wirksamkeit eines solchen Verzichts im Falle arglistigen Verhaltens des Veräußerers. Aus den Gründen: 1. Nach dem Tatbestande des Urteils erster Instanz hat der Kläger geltend gemacht, daß ihm zwei Ansprüche gegen den Beklagten zuständen, ein Anspruch auf Zahlung von 16000 *M*, weil zwei Kellerräume vom Beklagten fälschlich als zu Wohnungszwecken benutzbar bezeichnet worden seien, und einer auf Zahlung von 3000 *M* wegen falscher Angabe der Höhe der Verwaltungskosten. Diese dem Grunde und dem Betrage nach von einander verschiedenen Ansprüche wurden nicht dadurch zu einem einzigen Anspruch, daß im Rechtsstreite der Kläger, wiewohl er die Klage auf beide Ansprüche stützte, den Beklagten nur zur Zahlung von 8000 *M* zu verurteilen beantragte; er hätte nach § 268 Nr. 2 ZPO. den Klagantrag ohne Aenderung der Klage auf Verurteilung zur Zahlung von 19000 *M* erweitern können (RG. in JW. 1911 S. 658 Nr. 34). Das OLG. nimmt an, der erste Richter habe durch sein nach § 304 ZPO. erlassenes Zwischenurteil nur über den zuerst genannten Anspruch entschieden, der entscheidende Teil des Urteils sei dahin aufzufassen: Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt, soweit sie auf die Nichtbewohnbarkeit der Kellerwohnungen gestützt ist. Es hat deshalb über den zweiten Anspruch nicht entschieden, sondern die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung hierüber an die erste Instanz zurückverwiesen. Dies Verfahren wäre richtig und die von der Revision gerügte Verletzung des § 537 ZPO. läge nicht vor, wenn die Auslegung zutreffend wäre, die das OLG. dem Urteil erster Instanz gibt. Im § 537 ZPO. ist nur vorgeschrieben, daß vom Berufungsrichter alle Streitigkeiten zu berücksichtigen sind, die den aberkannten oder zuerkannten Anspruch betreffen, selbst wenn über sie in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden worden ist; wenn aber der Klagantrag auf mehrere selbständige Ansprüche gegründet ist und der erste Richter nur über einen der Ansprüche erkannt hat, gelangt auf die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung nur dieser Anspruch in die Berufungsinstanz und der Berufungsrichter hat sich einer Entscheidung über die anderen Ansprüche zu enthalten (RG. Bd. 18 S. 387, Bd. 59 S. 399, Bd. 77 S. 123). Es kann jedoch der Auslegung des Berufungsrichters nicht beigetreten werden, und da es sich um Auslegung eines Urteils handelt, ist das Revisionsgericht nicht an sie gebunden (RGE. Bd. 13 S. 404, Warneyer Erg. 1911 Nr. 11). Der erste Richter hat „die Klage" dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Nach dem Tatbestande des Urteils ist die Klage sowohl auf den Anspruch wegen Nichtbewohnbarkeit der Kellerräume als auch auf den Anspruch wegen falscher Angabe der Verwaltungskosten gegründet und der entscheidende Teil des Urteils enthält keinen Zusatz, aus dem zu entnehmen wäre, daß die Entscheidung nur einen der beiden Ansprüche betreffe; der Urteilsausspruch umfaßt deshalb beide Ansprüche und beide sind damit dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Allerdings erörtern die Entscheidungsgründe nur den Anspruch wegen der Kellerräume, nicht auch den Anspruch wegen der Verwaltungskosten. Soweit jedoch hinsichtlich des letzteren Anspruchs eine Begründung der Entscheidung fehlt, liegt nur ein Mangel des Urteils i. S. des § 551 Nr. 7 ZPO. vor. Nach dem maßgebenden entscheidenden Teil des Urteils ist auch der Anspruch wegen der Verwaltungskosten dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision macht daher mit Recht geltend, daß auf die Berufung des Beklagten auch dieser Anspruch in die Berufungsinstanz gekommen sei und der Berufungsrichter sich einer Entscheidung hierüber hätte unterziehen müssen. Der Kläger ist auch durch die Unterlassung dieser Entscheidung beschwert, denn infolge der vom Berufungsrichter ausgesprochenen Zurückverweisung der Sache muß über den Anspruch wegen der Verwaltungskosten noch in erster Instanz weiter verhandelt und entschieden werden und hiedurch können größere Kosten entstehen. Daher ist die Revision bezüglich des Anspruchs wegen der Verwaltungskosten begründet.

2. Aber auch die Entscheidung des OLG. über den Anspruch wegen der Nichtbewohnbarkeit der Kellerräume wird von der Revision mit Recht angefochten. Das OLG. weist den Anspruch nur deswegen ab, weil der Kläger durch ein Abkommen vom 20. Sept. 1911 sich des Anspruchs begeben habe; es findet in dem Schriftstück einen allgemeinen Verzicht des Klägers auf alle Ansprüche, die ihm aus dem Tauschvertrage mit dem Beklagten vom 4./16. Sept. 1911 zuständen. Dabei unterstellt es die Behauptung des Klägers als richtig, daß ihm der Beklagte beim Vertragsschlusse die Unbenutzbarkeit der beiden Kellerräume zu Wohnungszwecken arglistig verschwiegen und sogar erklärt habe, die Kellerräume hätten zwar jetzt eine Zeitlang leer gestanden, sie seien aber nunmehr vermietet und würden demnächst bezogen werden, und ferner, daß der Kläger erst im November 1911 davon erfahren habe, daß die Kellerräume für Wohnungszwecke nicht freigegeben gewesen seien; man könne jedoch auch auf Ansprüche verzichten, von deren Dasein man nichts wisse, wenn nur der Wille auf einen derartig umfassenden Verzicht gerichtet sei. Dies ist allerdings richtig; jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Wille, einen Verzicht in solchem Umfange zu leisten, auch deutlich ausgedrückt wird. In dem Schriftstück vom 20. Sept. 1911 hat zunächst der Beklagte in Abänderung des Tauschvertrages gewisse Leistungen übernommen; dann haben die Parteien sich einander zur Vorlegung der Zinsquittungen über bezahlte Hypothekenzinsen und der Beklagte sich ferner dazu verpflichtet, die Auflassung seines Grundstücks in P. zu erteilen. Die nun folgenden Erklärungen lauten: „Damit sind sämtliche Ansprüche erledigt, die zwischen den Vertragsteilen aus den bezeichneten Verträgen einander zustanden. Herr von Z. (Kläger) insbesondere erkennt an, das Grundstück in P. heute eingehend besichtigt zu haben und erklärt infolgedessen, keinerlei Ansprüche aus dem baulichen Zustande des Grundstücks noch sonstwie aus dem Vertrage erheben zu können." Diese Erklärungen enthalten den Willen des Klägers, auf Ansprüche jeder Art, auch auf ihm noch nicht bekannte zu verzichten, nicht so zweifelsfrei, daß eine andere Auslegung, insbesondere die Annahme eines beschränkteren Verzichtwillens, ausgeschlossen wäre. Namentlich lassen die Worte: „zustanden, erledigt, infolgedessen, erheben zu können" die Möglichkeit einer Auslegung dahin offen, daß der Kläger

nur solche Ansprüche für erledigt hat erklären wollen und erklärt hat, über die vorher unter den Parteien verhandelt worden war oder die mit der vom Kläger an dem nämlichen Tage vorgenommenen Besichtigung des Grundstücks im Zusammenhange standen. Daher durfte das OLG. das Schriftstück nicht dahin deuten, daß der Kläger darin auf sämtliche Ansprüche gegen den Beklagten, auch auf die ihm noch unbekannten, verzichtet habe, ohne zuvor den vom Kläger angetretenen Zeugenbeweis darüber zu erheben, daß die Erklärungen des Klägers über seine Ansprüche gegen den Beklagten sich nur auf die zwischen den Parteien vorher entstandenen Streitigkeiten, namentlich wegen des baulichen Zustandes des Hauses, bezogen hätten. — Das OLG. erörtert im Anschluß an seine Ausführung, daß ein Verzicht auch Ansprüche umfassen könne, die dem Verzichtenden unbekannt seien, weiter, ob der Wirksamkeit eines solchen umfassenden Verzichts hier etwa die Vorschrift des § 476 BGB. entgegenstehe, und verneint dies. Nach dieser Vorschrift, die gemäß § 515 BGB. auf Tauschverträge entsprechende Anwendung findet, ist eine Vereinbarung nichtig, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt. Eine solche zugunsten des Verkäufers getroffene Vereinbarung ist verschieden von einem Verzicht des Käufers, der alle Ansprüche wegen Mängel der Sache umfaßt. Hat der Käufer eine derartig umfassende Verzichtserklärung abgegeben, so kann er auch wegen arglistig verschwiegener Mängel einen Anspruch gegen den Verkäufer nicht geltend machen, sofern nicht die Verzichtserklärung nach den allgemeinen für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften nichtig ist oder durch Anfechtung nichtig wird. Hier käme daher § 476 BGB. nur dann in Betracht, wenn in dem Schriftstück vom 20. Sept. 1911 ein alle Ansprüche wegen Mängel des Grundstücks in P. umfassender Verzicht des Klägers nicht enthalten, aber daraus eine Vereinbarung zwischen den Parteien i. S. des § 476 BGB. zu entnehmen wäre. Das hat das OLG. nicht festgestellt. Es ist daher ein näheres Eingehen auf die Frage der Vereinbarung unnötig. Bemerkt mag nur werden, daß eine solche Vereinbarung nicht nur im Kaufvertrage, sondern auch in einer späteren Abmachung getroffen werden kann (vgl. Mot. z. I. Entw. Bd. 2 S. 238), insbesondere in einem Abkommen, in dem, wie hier, vor der Auflassung des verkauften Grundstücks die Bestimmungen des Kaufvertrages geändert werden. Hat der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen, so ist auch eine solche nachträgliche Vereinbarung nach § 476 BGB. nichtig, da sie der im Kaufvertrage getroffenen gleichsteht; eine Anfechtung der Vereinbarung oder des ganzen Abkommens durch den Käufer wegen arglistiger Täuschung ist zur Herbeiführung der Unwirksamkeit nach dem Wortlaute des § 476 BGB. nicht erforderlich. Unzutreffend ist die Meinung des OLG., das arglistige Verschweigen des Mangels müsse in dieselbe Gegenwart fallen, in welcher die Vereinbarung stattfinde, ein arglistiges Verschweigen in der Vergangenheit genüge nicht. Hat der Verkäufer beim Vertragsschluß einen Mangel arglistig verschwiegen, so muß er bei einer späteren Vereinbarung, wodurch ihm die Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen wird, das Bestehen des Mangels nunmehr aufdecken, widrigenfalls er als den Mangel auch gegenwärtig arglistig verschweigend i. S. des § 476 BGB. anzusehen ist. (Urt. des V. ZS. vom 20. Okt. 1913, V 204/1913). E.

3203

III.

Ist eine Klage zulässig, die auf die Feststellung des Nichtbestehens von Schadensersatzansprüchen aus § 823 BGB. für die Vergangenheit und die Zukunft gerichtet ist? Einfluß der nachträglichen Erhebung der Schadenersatzklage durch den Beklagten auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage; kein Anspruch auf ein Feststellungsurteil, das, ohne einen bestimmten Rechtsstreit zu schlichten, auf die Entscheidung einer reinen Rechtsfrage hinauslaufen würde. Aus den Gründen: Der Kläger und der Beklagte sind Nachbarn: dieser ist Eigentümer des Gutes Ka., jener hatte das Gut Ko. gepachtet und es nachmals eigentümlich erworben. In einem zu dem Gute Ko. gehörigen Wäldchen befinden sich wilde Kaninchen. Wegen des durch diese seinem Gute im Herbst und Winter 1908/09 angeblich zugefügten Schadens hat der Beklagte, gestützt auf § 823 Abs. 1 BGB, Klage auf Ersatz eines Betrags von 2600 *M* gegen den Kläger erhoben; dieser Anspruch ist durch Urteil vom 31. Oktober 1911 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden. Wegen weiterer gleicher Schäden, die ihm im Jahre 1910/11 entstanden seien, hat auf Antrag des Beklagten im April und im August 1911 je ein Beweissicherungsverfahren stattgefunden. Der Kläger behauptet, die Kaninchen, die auf dem Gute des Beklagten Schaden angerichtet hätten, stammten nicht aus dem zum Gute des Klägers gehörigen Wäldchen; in diesem fänden sich Kaninchen nur in durchaus normaler Menge; um eine das normale Maß übersteigende Vermehrung zu verhindern, habe der Kläger die verschiedensten Maßregeln getroffen. Die Beweissicherungsverfahren bezweckten offenbar, diesen auch wegen des Schadens in Anspruch zu nehmen, der dabei von den Sachverständigen festgestellt worden sei und der später noch entstehen werde. Der Klagantrag geht dahin, festzustellen, daß der Kläger und die späteren Besitzer des Gutes Ko. dem Beklagten für Kaninchenschaden auf dem Gute Ka. — abgesehen von dem im Urteile vom 31. Oktober 1911 behandelten Schaden — nicht ersatzpflichtig seien, weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft, zum mindesten jedenfalls dann nicht, wenn sie im bisherigen Umfang für die Vertilgung der Kaninchen sorgten.

Die Vorgerichte haben die Klage abgewiesen. Das OLG. bezeichnet die Ansprüche, deren Nichtbestehen die Kläger festgestellt wissen wollen, als Schadensersatzansprüche auf Grund des § 823 Abs. 1 BGB Es legt, was die Ansprüche für die Vergangenheit — d. h. bis zur letzten mündlichen Verhandlung — anlangt, dar, daß den Klägern an der begehrten Feststellung jegliches Interesse abgehe, weil kein Zeitraum bestehe, für welchen der Beklagte nicht entweder schon die Leistungsklage erhoben oder durch sein Verhalten den Mangel einer Gefahr der Inanspruchnahme des Klägers klargelegt hätte Was aber die Feststellung der Ansprüche für die Zukunft anlange, so sei ein Schadensersatzanspruch aus einer noch nicht geschehenen unerlaubten Handlung kein Rechtsverhältnis, über dessen Bestehen oder Nichtbestehen i. S. des § 256 ZPO. das Gericht schon jetzt zu entscheiden gezwungen werden könne. Diese Ausführungen sind zutreffend und lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Was den schon entstandenen Schaden anlangt, so hat die Revision das Urteil nur angegriffen, soweit es den Schaden betrifft, den der Beklagte im April 1911 durch Beweissicherung hat feststellen lassen und im Laufe des gegenwärtigen Rechtsstreits eingeklagt hat. Sie macht geltend, das Feststellungsinteresse des Klägers könne nicht dadurch beseitigt werden, daß der Beklagte eine besondere Klage auf die Leistung erhebe; es komme vielmehr darauf an, ob bei der Klageerhebung das Feststellungsinteresse vorhanden gewesen sei. Diese Ansicht ist unzutreffend. In ständiger Rechtsprechung (vgl. Entsch. ZS. Bd. 71 S. 68 ff, Warneyer, Erg.-Bd. V Nr. 453, VI Nr 69) hat das RG. ausgeführt, daß der Kläger den Anspruch auf Feststellung nicht aufrecht erhalten kann, wenn nachträglich der Gegner die Leistungsklage erhoben hat und nicht mehr befugt ist, sie zurückzunehmen, und daß jene Klage abgewiesen werden muß, wenn der Feststellungskläger seinen Anspruch aufrecht erhält.

Was den in Zukunft entstehenden Schaden anlangt, so mag dem Revisionskläger zugegeben werden, daß er

ein Interesse an der Feststellung hat, daß ein Ersatz für Kaninchenschaden überhaupt nicht gewährt zu werden brauche, gleichviel wie sich der Grundeigentümer den auf seinem Grundstück hausenden Tieren gegenüber verhalte. Es fehlt aber hier an der weiteren Voraussetzung des § 256 ZPO., daß das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll Das Rechtsverhältnis muß schon bestehen; die Hoffnung auf ein künftig entstehendes oder die Befürchtung eines solchen gewährt noch kein Recht auf richterlichen Schutz, sofern nicht der künftige Anspruch die Folge eines bestehenden Rechtsverhältnisses ist (Gaupp-Stein, ZPO. (10) zu § 256 unter II, 4). Das ist hier nicht der Fall. Der Revisionskläger glaubt in den „nachbarlichen Beziehungen" ein Rechtsverhältnis finden zu können; allein das nachbarliche Verhältnis gibt nur den äußeren Anlaß zur Entstehung des Schadens, für den der Beklagte unter gewissen Voraussetzungen vom Kläger Ersatz zu verlangen sich für berechtigt hält. Daß er dessen Nachbar ist, ist rechtlich von nebensächlicher Bedeutung; erheblich ist nur, daß infolge eines vom Beklagten für schuldhaft gehaltenen Verhaltens des Klägers das Grundeigentum des Beklagten — nach dessen Annahme widerrechtlich — verletzt werden wird. Ein Feststellungsurteil, wie es der Kläger in erster Linie begehrt, würde eine reine Rechtsfrage entscheiden. Er übersieht aber auch — und das gilt besonders für den beschränkten Klagantrag —, daß der Beklagte sich nur im Falle des Verschuldens des Klägers oder einer Person, für die er einzustehen hat, zu einer Forderung auf Schadensersatz für berechtigt erachtet. Es ist ausgeschlossen, schon jetzt auszusprechen, daß ein dem Beklagten künftig etwa entstehender Schaden im Hinblick auf ein künftiges, in seinen Grundzügen näher beschriebenes Verhalten des Klägers nicht als schuldhaft verursacht angesehen werden könne und deshalb vom Kläger nicht zu ersetzen sei. Denn erst ein neues Verschulden bringt — nach der Auffassung des Beklagten — den Ersatzanspruch zur Entstehung und ein Feststellungsurteil würde keinen Rechtsstreit schlichten, sondern ebenfalls auf die Entscheidung einer reinen Rechtsfrage hinauslaufen, wenn es ausspräche, daß der Kläger wegen eines dem Beklagten an seinem Grundeigentum durch Kaninchen künftig zugefügten Schadens dann nicht ersatzpflichtig sein würde, wenn er gewisse Maßnahmen zur Vertilgung oder zur Verhütung der Vermehrung der Kaninchen getroffen haben sollte. Daß der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, schon jetzt festgestellt zu sehen, daß er dem Beklagten gegenüber überhaupt nicht verpflichtet sei, irgendwelche Maßregeln zur Vertilgung oder gegen die Vermehrung der wilden Kaninchen zu treffen, mag keinem Zweifel unterliegen, ebenso, daß es sich insoweit um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses handeln würde. Nach den zutreffenden, von der Revision auch nicht beanstandeten Ausführungen des OLG. wollte jedoch der Kläger nur festgestellt wissen, daß dem Beklagten Schadensersatzansprüche auf Grund von § 823 BGB. nicht entstehen können; das Begehren einer Feststellung jenes Inhalts kann im Klagantrag nicht gefunden werden. Ob es nicht Pflicht des OLG. gewesen wäre, auf eine Abänderung des Klagantrags hinzuwirken, kann dahingestellt bleiben, da die Revision das nicht gerügt hat. (Urt. des VI. ZS. v. 23. Okt. 1913, VI 266/1913). E.

3191

B. Strafsachen.

I.

Beamte der bayerischen Untersuchungsanstalten für Nahrungs- und Genußmittel als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft. Ablehnung dieser Beamten als Sachverständige.[1]) Aus den Gründen: Unrichtig ist es, daß das LG. die Ablehnung des Sachverständigen deshalb zurückweist, weil Dr. Sch. nicht als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft, sondern als Inspektor der K. Untersuchungsanstalt für Nahrungsmittel und zwar in seiner Eigenschaft als sachverständiger Beamter dieser Anstalt das Gutachten abgegeben habe, in dem der Beschwerdeführer eine staatsanwaltliche Handlung erblickt. Denn durch die MinBek. vom 19. Juli 1909 sind für den Vollzug des Weingesetzes die sachverständigen Beamten der öffentlichen Untersuchungsanstalten für Nahrungs- und Genußmittel als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft bestellt worden. War also die Abgabe dieses Guchachtens eine staatsanwaltliche Handlung des Dr. Sch., so war seine Ablehnung als Sachverständiger in der Hauptverhandlung berechtigt. Das Gutachten ist nun zwar äußerlich von der Untersuchungsanstalt erstattet und von deren II. Direktor unterzeichnet, allein es beginnt mit den Worten: „Zu den beiden Anklagepunkten hat auf Grund des Ergebnisses der Voruntersuchung Inspektor Dr. Sch. Folgendes zu bemerken:" Der Untersuchungsrichter hat die Anstalt um „Mitteilung über den Stand der Sache" und um Auskunft ersucht, bis wann der Eingang „des zu erstattenden Gutachtens" zu erwarten sei. Das Schreiben des Untersuchungsamtes bezeichnet sich nicht als Gutachten und es ist auch, insbesondere soweit es sich auf den Beschwerdeführer bezieht, kein technisches Gutachten, sondern ein Zusammenfassen des Ergebnisses der Voruntersuchung mit der Schlußäußerung: „Aus all dem Angeführten dürfte es wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß sowohl M., als auch St. an dem Bezug der Birnweine, an dem Verschnitte der Birnweine mit Traubenweinen und dem Verkauf des Obsttraubenweines als Traubenwein gemeinsam mit L. teilgenommen haben." Hiernach ist dem Verteidiger zuzugeben, daß Dr. Sch. als Verfasser des Schreibens anzusehen ist und daß dieses eine Art von Aktenauszug war, der dazu dienen konnte, dem Staatsanwalt das Studium der Akten und die Anfertigung der Anklageschrift zu erleichtern. Dr. Sch. ist daher in dieser Sache als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft tätig gewesen, und seine Ablehnung war gerechtfertigt, da es sich um einen Grund handelt, der die Mitwirkung eines Richters nach dem Gesetz ausschließt, einerlei ob die Besorgnis einer Befangenheit anzuerkennen war oder nicht. (Urt. des I. StS. vom 20. Nov. 1913, 1 D 689/13). ———n.

3207

II.

Wann darf ein Getränke als „Heidelbeerwein" bezeichnet werden? Verfälschung eines solchen Getränkes. Handelt der Hersteller fahrlässig i. S. des § 11 NMG., wenn er die ihm von anderen gelieferten Stoffe nicht prüft? Aus den Gründen: Heidelbeerwein ist kein Wein i. S. des Weingesetzes. Welche Anforderungen an ein Getränke zu stellen sind, um es als Heidelbeerwein erklären zu können, ist eine tatsächliche Frage. Eine gesetzlich festgelegte Begriffsbestimmung hierfür gibt es nicht und es kann insbesondere dazu die gesetzliche Begriffsbestimmung für Wein (Traubenwein) nicht von rechtlichem Belang sein. Die Strafkammer hat festgestellt, daß das Publikum bisher die beiden Arten der Herstellung von Heidelbeerwein, nämlich die durch alkoholische Gärung und die „auf kaltem Wege", „in Uebereinstimmung mit einem großen Teile der Produzenten" für normal gehalten und sich bei der Auswahl von Heidelbeerwein für das eine oder andere Erzeugnis nur nach dem Preise bestimmen ließ. Gegen diese Feststellung versucht die Revision vergebens unter Berufung auf den Begriff „Wein" geltend zu machen, daß als Heidelbeerwein nur ein solches Getränke zu bezeichnen sei, das eine alkoholische Gärung durchgemacht habe. Erfolglos muß auch der Angriff bleiben, daß die Strafkammer bei der Frage, welche Anforderungen vom Publikum im Verkehr an ein als Heidelbeerwein zu bezeichnendes Getränk zu stellen sind, von

[1]) S. dazu das Urteil des Reichsgerichts im Jahrg. 1913 dieser Zeitschrift S. 23 und die Mitteilung von Dittmann, ebenda S. 106.

rechtlich verfehltem Gesichtspunkt ausgegangen sei. Die Strafkammer hat ihren Ausführungen die Anschauungen des „konsumierenden Publikums" zugrunde gelegt. Wenn sie sagt, dieses Publikum befinde sich dabei „in Uebereinstimmung mit einem großen Teile der Produzenten", so ist es zwar auffallend, daß die strengeren Anschauungen des anderen, offenbar größeren Teiles der Produzenten auf die Anforderungen des kaufenden und verbrauchenden Publikums ohne Einfluß geblieben sein sollten, aber das ist eine Frage tatsächlicher Natur und rechtlich ist es nicht ausgeschlossen, daß in Fällen der vorliegenden Art das kaufende und verbrauchende Publikum in seiner Allgemeinheit andere Anforderungen stellt, als die Produzenten und seine Anforderungen als maßgebend erachtet werden müssen.

Dagegen wird mit Recht die Begründung beanstandet, mit welcher die Strafkammer die Annahme einer Verfälschung verneint hat. Wohl wird zunächst auf Grund der Aussagen eines Zeugen über die im Betriebe der Angeklagten übliche Herstellung ausgeführt, daß hiernach der Wasserzusatz nicht einmal 50% betragen habe, also unter der vom Sachverständigen als zulässig bezeichneten Grenze geblieben sei. Zweifelhaft ist, ob die Strafkammer das Gutachten der Sachverständigen über den zulässigen Wassergehalt richtig verstanden und nicht vielmehr Gehalt und Zusatz verwechselt hat. Jedenfalls aber hat sie nicht gegenständlich festgestellt, welchen Wasserzusatz (zu den sonstigen Herstellungsstoffen) das im Betriebe der Angeklagten hergestellte Getränk tatsächlich enthalten hat, sondern sie hat nur dargelegt, welchen Wasserzusatz die Angeklagten bei der Herstellung des Getränks dem von anderen Firmen gelieferten Rohbeerensaft und den sonst verwendeten Stoffen geben ließen. Aus den weiteren Ausführungen des Urteils geht hervor, daß schon der den Angeklagten gelieferte und von ihnen verwendete Rohsaft „überstreckt" war, das hergestellte Getränk demzufolge einen die zulässige Grenze überschreitenden Wasserzusatz enthielt und daher gegenständlich verfälscht war. Ein Verschulden der Angeklagten und insbesondere die Anwendbarkeit des § 11 NMG. verneint die Strafkammer bloß deshalb, weil die Angeklagten die Ueberstreckung des ihnen gelieferten Rohsafts nicht gekannt und bei dem Umstand, daß sie nur von soliden Firmen bezogen, keinen Grund gehabt hätten, die gelieferten Fruchtsäfte nachzuprüfen. Damit hat die Strafkammer den Begriff der Fahrlässigkeit verkannt. Fahrlässig handelt, wer durch Nichtanwendung der nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführt. Die gebotene Sorgfalt muß der Handelnde selbst üben; er darf sich nicht schlechthin auf die Sorgfalt anderer verlassen, deren er sich zu oder bei seinem Handeln bedient, sondern er hat, soweit ihm das nach den Umständen möglich ist, die Tätigkeit solcher Personen nachzuprüfen oder zu überwachen. Den Angeklagten war es möglich, die Tätigkeit der Firmen, die ihnen zu ihren Zwecken lieferten, nachzuprüfen und sie waren in ihrem Betriebe dazu auch verpflichtet. Jeder, der sich gewerbsmäßig mit der Herstellung und dem Verkaufe von Nahrungs- oder Genußmitteln befaßt, hat sich bei der Herstellung über die Beschaffenheit seines Erzeugnisses zu unterrichten und zu vergewissern und dazu ist selbstverständlich auch eine Prüfung der von anderen gelieferten Stoffe erforderlich. Haben die Angeklagten sich in dieser Beziehung auf die Redlichkeit derer verlassen, von denen sie diese Stoffe bezogen hatten, so haben sie die ihnen selbst obliegende Sorgfalt nicht geübt und den hierdurch herbeigeführten Erfolg zu verantworten. Soweit Feilhalten und Verkauf in Frage kommt, haben die Angeklagten weiterhin auch die ihnen obliegende Pflicht verletzt, sich fortdauernd über die Beschaffenheit der den Gegenstand ihres Geschäftsbetriebs bildenden Erzeugnisse unterrichtet zu halten. (Urt. des I. StS. vom 20. Nov. 1913, 1 D 797/13). — — — n.

3211

III.

Voraussetzungen der erlaubten Zuckerung des Weins. Welchen Zweck muß der Zuckernde im Auge haben? Aus den Gründen: Das Urteil ist dem Gesetz nicht gerecht geworden, weil es das Verfahren des Angeklagten auch insoweit nicht beanstandet, als er mit der Zuckerung anscheinend die im Gesetz allein zugelassene Verbesserung des Weins nicht einmal gewollt hat; jedenfalls begründet der Mangel ausreichender Feststellungen in dieser Richtung den Verdacht, daß irrig kein Gewicht auf die Zwecke gelegt wurde, die der Angeklagte mit der Zuckerung verfolgte. Die Zuckerung ist nur zugelassen, wenn sie nach der Absicht des Zuckernden dazu dienen soll, natürlichen Mängeln des Weins von ganz bestimmter Art abzuhelfen; sie muß sich also in der Richtung dieses Zwecks bewegen und andererseits in den dadurch gezogenen Grenzen bleiben. Der Zweck der Zuckerung muß darin bestehen, einen verhältnismäßig alkoholärmeren und säurereicheren Wein durch Vermehrung des Alkohol- und Zuckergehalts- oder durch Verminderung der überschießenden Säure einem Wein im Geschmack gleichzustellen oder wenigstens anzunähern, der aus Trauben gleicher Art und gleicher Herkunft in guten Jahrgängen ohne Zusätze erzielt werden kann. Dem Zuckernden muß als Vorbild ein Wein der erwähnten Art vorschweben, dem er den zu zuckernden Wein im Geschmack ganz oder wenigstens teilweise gleichstellen will, soweit dabei Alkohol-, Zucker- und Säuregehalt in Frage kommen. Diesem Zweck muß er deshalb auch seine Zuckerungsmaßnahmen in überlegter und vernünftiger Weise anpassen. Für den, der die Zusammensetzung vorbildlichen Weins, der in gleichen Lagen wie der zu zuckernde in guten Jahrgängen erzielt wird, überhaupt nicht kennt, der über das Mostgewicht und über den natürlichen Säurerückgang der als Normalwein in Frage kommenden gleichartigen Weine guter Jahrgänge nicht unterrichtet ist, noch mehr aber für den, der die Verbesserungsbedürftigkeit nach ihren Ursachen oder nach ihrem Maße nicht übersieht, wird eine Zuckerung, wie sie das Gesetz zuläßt, kaum ausführbar, wenn nicht unmöglich sein. Das entspricht aber durchaus der Absicht des Gesetzes, das den Begriff der Verbesserung genau begrenzen und bestimmen wollte und davon ausging, daß es sich dabei nur um eine Ergänzung oder Verminderung ganz bestimmter Bestandteile in der Zusammensetzung handeln dürfe, über deren Umfang und Bedeutung der Zuckernde unterrichtet sein müsse. Deshalb hat auch das Gesetz offenbar die Zuckerung vorzugsweise in die Hände des ersten Erzeugers und nicht in die späterer Erwerber legen wollen und die ursprünglich vorgesehene örtliche Beschränkung der Zuckerung verfolgte ausgesprochen den Zweck, zu verhindern, daß außerhalb des engeren Ernteweinbaugebiets gezuckert werde, weil nur innerhalb dieses beschränkten Gebiets Sicherheit dafür gegeben war, daß die bei der Zuckerung notwendige Kenntnis von der Beschaffenheit des Weins in bezug auf Zucker-, Alkohol- und Säuregehalt in dem Sinne vorhanden war, daß der Zuckernde wußte, wie Weine des Weinbaugebiets beschaffen sind, die in guten Jahrgängen erzielt werden. Die Verbesserungsbedürftigkeit eines Weins ist deshalb nicht nach dem persönlichen Geschmack und sonstigen Anschauungen und Zweckvorstellungen des Zuckernden zu beurteilen, sondern danach, wie ein Wein gleicher Art und Herkunft in guten Jahrgängen beschaffen wäre. Nur dann, wenn diese Durchschnittsbeschaffenheit des guten Jahrgangs in bezug auf Zucker-, Alkohol- oder Säuregehalt nicht vorhanden ist, kann von einem natürlichen, also durch Witterungseinflüsse oder sonstige Naturverhältnisse begründeten „Mangel" oder einem natürlichen „Uebermaß", die Rede sein. Die Begriffe zwingen für sich schon zu einem Vergleich mit einer anderen Sache und wer einem „Mangel" oder einem „Uebermaß" abzuhelfen beabsichtigt, der muß notwendigerweise ein bestimmtes Normalverhältnis in Be-

tracht ziehen. Wenn das Gesetz nur das ergänzen läßt, was dem Wein infolge der Ungunst des Jahres, namentlich infolge ungenügender Reife der Trauben fehlt, dann muß die Absicht, die auf Abstellung der Mängel gerichtet sein muß, auch lediglich auf eine solche Ergänzung gerichtet sein, die sich begrifflich und dem Maße nach durch die fehlenden Bestandteile bestimmt. Das ist nicht der Fall, wenn Weine, die nach Art und Herkunft als Naturweine auch im besten Fall zuckerarm und säurereich sind, ohne jede Rücksicht hierauf gezuckert werden, nur um sie süß, alkoholhaltig, haltbar oder voll zu machen. Der Zuckerer mag das unter Umständen für Vorzüge und den hierauf berechneten Zuckerzusatz für eine Verbesserung halten, im Sinne des Gesetzes ist es eine solche nicht; nicht solche Veränderungen, mögen sie vom Standpunkt des Geschmacks oder wirtschaftlich nicht zu beanstanden sein, hat das Weingesetz bei Freigabe der Zuckerung im Auge gehabt, sondern ausschließlich eine genau begrenzte Abstellung natürlicher Mängel, die der Wein nach Herkunft und Art nicht zu haben brauchte, wenn er insoweit nicht abhängig wäre von den Einflüssen der Witterung und sonstigen natürlichen Verhältnissen. Solchen „Mängeln" abzuhelfen, muß die Absicht des Zuckernden sein. Das ist aber in bezug auf den Angeklagten nicht nachgewiesen. Nur weil ihm der schon gezuckerte Wein immer noch „zu sauer vorkam" und „seine Kirchweihgäste süßen Wein trinken wollten", hat der Angeklagte nochmals Zucker zugesetzt. Ob der Pfälzer Wein aus gleicher Lage und von gleicher Art nicht eben so sauer schmeckte, ob nicht die Säure durch die frühere Zuckerung schon so herabgesetzt war, daß sie die der gleichartigen Weine nicht mehr überstieg, ob also nicht insoweit und in bezug auf Zuckergehalt der Wein von einer solchen Beschaffenheit war, wie es seiner Eigenart als Pfälzer Wein aus bestimmter Lage oder als Verschnittwein Pfälzer Weine entsprach, oder was ihm umgekehrt daran fehlte, darüber sagt das Urteil nichts. Wenn dem Angeklagten etwa Pfälzer Wein gleicher Art aus besten Jahrgängen auch noch zu sauer wäre, und nicht süß genug für seine Gäste, so würde er dadurch gewiß nicht das Recht erlangen, diesen Wein, dessen Säure seine Eigenart ist, zu verändern und daraus einen Wein von einer Süße oder sonstigen Eigenschaften herzustellen, wie sie dem Pfälzer Wein nicht zukommen. Gerade dazu soll eben die Zuckerung nicht mißbraucht werden, um durch Erhöhung des Zucker- und Alkoholgehalts des Weins oder durch Minderung der Säure, die gerade für den Naturgeschmack des Weins bestimmend ist, einen Wein anderer Art oder anderer Herkunft vorzutäuschen. (Urt. des I. StS. vom 6. Nov. 1913, D 568/13). ———n.

3209

IV.

Ueberstreckung des Weines und Verkauf als eine einheitliche strafbare Handlung. Aus den Gründen: Für die Herstellung und den Verkauf von nachgemachten oder verfälschten Nahrungs- oder Genußmitteln ist in ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß regelmäßig Herstellung und Verkauf beim Vorliegen des erforderlichen Vorsatzes eine einheitliche Straftat darstellen. Die Herstellung bildet nur den ersten, nicht selbständigen Teil der beabsichtigten einheitlichen Handlung, die sich aus der Herstellung und dem Verkaufe zusammensetzt und, als solche erst mit dem Verkaufe vollendet wird (RGSt. Bd. 25 S. 101; GoltdA. Bd. 53 S. 289). Gleiches hat auch für die gesetzwidrige Herstellung von Wein und dessen Verkauf zu gelten und die Revision geht fehl, wenn sie meint, die Ueberstreckung von Wein und der Verkauf dieses Weines könnten nicht zu einer einheitlichen Straftat zusammengefaßt werden. Weder aus diesem Gesichtspunkt noch sonst unterliegt es einem rechtlichen Bedenken, daß die im Eröffnungsbeschlusse angeführten Einzelhandlungen als eine in Fortsetzung begangene einheitliche Straftat erachtet worden sind. War nun aber eine einheitliche Straftat zum Gegenstande der Anklage und danach der Aburteilung gemacht, so hatte neben der Verurteilung eine Freisprechung nicht zu erfolgen, auch wenn sich einzelne Teile der Anklage als unhaltbar erwiesen, also insbesondere nicht hinsichtlich solcher Einzelhandlungen, die zwar nach der Anklage einen Bestandteil der angenommenen Einheitstat bilden sollten, in denen aber nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung ein strafrechtlicher Tatbestand nicht nachzuweisen war (RGSt. Bd. 39 S. 146). Weiterhin war dann auch der § 499 StPO. nicht anzuwenden und ebensowenig der § 849 Abs. 1 StPO. (Entsch. Bd. 29 S. 106), sondern der Angeklagte war gemäß § 497 StPO. schlechthin zur Kostentragung zu verurteilen. Fraglich könnte sein, ob nicht etwa zu beanstanden ist, daß die Strafkammer das festgestellte Vergehen aus § 3 Abs. 1 Satz 1, § 13 WeinG. mit dem Vergehen aus § 5 Abs. 1 WeinG. zu einer einheitlichen Straftat vereinigt hat, obschon nicht nachzuweisen war, daß auch der als Naturwein verkaufte gezuckerte Wein zu den überstreckten Weinen gehörte. Es kann dies aber unerörtert bleiben, da der Angeklagte durch diese Vereinigung keinesfalls beschwert ist. Selbst wenn die Strafkammer in den Handlungen, die für eine Verurteilung schließlich noch in Betracht kamen, statt einer fortgesetzten Tat zwei selbständige Straftaten gefunden haben würde, hätte eine Freisprechung und eine Anwendung des § 499 StPO. nicht einzutreten gehabt. (Urt. des I. StS. vom 1. Dez. 1913, 1 D 833/13). ———n.

3212

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Welche Vorschriften gelten in Bayern für die Anlegung eines Grundbuchblattes für reale Gewerbeberechtigungen? (EG. BGB. Art. 74; AG. GBO. Art. 17; GBO. § 83; DA. GrBAe. §§ 510 ff., Art. 10 GrAnlG.). In dem beim Stadtmagistrat W. um 1826 angelegten Kataster der realen Gewerbe ist der Besitzer des Hauses Nr. 334 in W. Georg M. als Inhaber der Bäckerei und des Bierschankrechts vorgetragen, im Kataster der radizierten Gewerbe ist er als Inhaber einer Bierbrauerei- und Taferngerechtigkeit verzeichnet. Das Bierschankrecht und die Taferngerechtigkeit gingen 1832 durch Kaufvertrag mit dem Hause, auf dem sie ausgeübt wurden, auf den Bäcker Andreas R. in W. über. 1848 verkaufte Andreas R. dieses reale Bierschank- und Tafernrecht an den Bierbrauer Michael O. in W. Der Stadtmagistrat W. genehmigte, daß O. das Bierschank- und Tafernrecht auf seinen Garten, das jetzige Anwesen zum Nußbaum, übertrug. Die Uebertragung wurde in den Katastern eingetragen. Durch notarielle Verträge übergab 1877 Michael O. das Gartenanwesen an Julius St.; von diesem ging es durch Kaufvertrag 1878 an die Eheleute H. und im Erbwege sodann auf Frau H. allein über. Diese übergab es 1903 ihrem Sohne August H., der es 1905 an die Eheleute S. verkaufte. Letztere verkauften das Anwesen notariell am 11. September 1911 an einen Verein in N., der am 18. Dezember 1911 als Eigentümer eingetragen wurde. In den Verträgen sind die Wirtschaftsgerechtsamen nicht erwähnt. Jedoch ist in den Verträgen von 1911, 1903 und 1905 vereinbart, daß das Wirtschaftsanwesen mit allen seinen Rechten übergehen soll. In den Katastern ist die Reihe der Inhaber des realen Bierschankrechts von Georg M. bis zum Verein fortgesetzt. Mit notarieller Urkunde vom 2. November 1912 verkaufte der Verein an die Eheleute F. in W. und an die Eheleute R. ebendort das bisher zu dem Wirtschaftsanwesen gehörige, im Grundbuch nicht eingetragene reale Bierschankrecht. Auflassung und Eintragungsbewilligung wurden erklärt

und die Eintragung beantragt. Das GBA. lehnte ab, weil der Verein sein Eigentum an dem Realrechte nicht nachgewiesen habe. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen, weil zwar nachgewiesen sein möge, daß der Bierbrauer Michael O. Inhaber eines realen Bierschankrechts war, der Uebergang dieses Rechtes auf die Besitznachfolger des O. aber nicht erwiesen sei. Auf die weitere Beschwerde hob das ObLG. die Entscheidungen auf und wies das GBA. an, erneut zu prüfen und zu entscheiden.

Gründe: 1. Nach Art. 74 EG. BGB. bleiben die landesrechtlichen Vorschriften über die Gewerbeberechtigungen unberührt; der Erwerb, die Aufhebung, Uebertragung und Belastung dieser Rechte ist sonach auch jetzt dem Landesrecht unterstellt. Die Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze gelten auch für das Grundbuchwesen (§ 83 GBO.). Nach bayerischem Rechte stehen die realen Gewerbeberechtigungen den Grundstücken gleich, sofern sie frei veräußerlich sind. Dieser Grundsatz war früher anerkannt (vgl. Roth, Bayer. ZR. 1. Aufl. Bd. 2 § 118 Note 42, Rehm, Bayer. NotG. 1893 zu Art. 14 Note 9, ObLGZ. Bd. 9 S. 638). In der Gesetzgebung zur Ausführung des BGB. ist er zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen worden; im AG. GBO. hat jedoch Art. 17 die Ueberschrift „Rechte, die den Grundstücken gleichstehen" und hieraus ergibt sich, daß auch dieses Gesetz davon ausgeht, daß auf reale nicht radizierte Gewerbeberechtigungen die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden. Für die rechtsgeschäftliche Uebertragung von realen Gewerbeberechtigungen ist mithin für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB. nach Art. 14 NotG. vom 10. November 1861 ein notarieller Vertrag, seitdem die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch (§§ 873, 925 BGB.) erforderlich. Bei der Grundbuchanlegung mußten reale Gewerbeberechtigungen in das Grundbuch nicht eingetragen werden. Es ist zwar in § 195 DA. GBAe. vorgeschrieben, daß reale nicht radizierte Gewerberechte, die, wie Wirtschaftsgerechtsamen, auch jetzt noch von Bedeutung sind, in einem Anhange zum Sachregister zu verzeichnen sind. Allein damit gilt das reale Gewerberecht noch nicht als eingetragen. Wird es nach der Grundbuchanlegung veräußert oder belastet, so muß für das Recht nach Art. 17 Abs. 2 AG. GBO. ein Grundbuchblatt angelegt werden. Das kann so geschehen, daß das Recht auf ein besonderes Grundbuchblatt eingetragen oder daß es im Titel des Blattes angeführt wird, das für das Grundstück besteht, mit dem das Recht verbunden ist; in letzterem Falle liegt ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt für das Grundstück und das Gewerberecht vor.

Hier ist die reale Gewerbeberechtigung nicht eingetragen. Für den Bezirk des Amtsgerichts W. gilt das Grundbuch seit dem 1. Mai 1909 als angelegt. Seitdem konnte das Realrecht nurmehr durch Auflassung und Eintragung rechtsgeschäftlich übertragen werden. Der Beschwerdeführer behauptet, es am 11. September 1911, also nach der Grundbuchanlegung, erworben zu haben. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Auflassung des realen Gewerberechts stattgefunden hat. Jedenfalls ist sie nicht eingetragen worden. Der Beschwerdeführer ist mithin gegenwärtig nicht der Inhaber des realen Gewerberechts. Er kann es also auch nicht weiterveräußern. Hieraus folgt jedoch noch nicht, daß sein Antrag an das GBA. unbegründet ist. Denn dieser bezweckt ein zweifaches: er will, daß für das Gewerberecht ein Grundbuchblatt angelegt und daß auf diesem Blatte die zwischen dem Beschwerdeführer und den Käufern vereinbarte Uebertragung eingetragen wird. Auf den ersten Teil des Antrags, die Anlegung eines Grundbuchblattes, ist nicht die GBO. anzuwenden. Dafür gelten vielmehr die Vorschriften über die Grundbuchanlegung, soweit sie nicht eine Ausnahme enthalten oder eine solche sich aus der Natur der Sache ergibt (vgl. Henle-Schmitt, Grundbuchwesen S. 273). Der Fall liegt nicht anders, als wenn ein Grundstück nachträglich eingetragen werden soll, das bis zur Grundbuchanlegung nicht eingetragen worden ist. Die Vorschriften, durch welche die DA. GBAe. das Verfahren bei der Anlegung von Grundbuchblättern für nicht eingetragene Grundstücke regelt (§§ 510 ff.), sind also entsprechend anzuwenden. Hiernach steht das GBA. der Frage, ob das Gewerberecht besteht, anders gegenüber, als wenn die GBO. gelten würde. Es hat alle zulässigen Beweismittel zu benützen und entscheidet nach freiem Ermessen. Es kann deshalb insbesondere nach freiem Ermessen prüfen, welche Bedeutung dem Umstande zukommt, daß das Gewerberecht sowie die fortlaufenden Uebertragungen von O. bis zu dem Beschwerdeführer in dem Kataster eingetragen sind sowie daß es ständig ausgeübt worden ist. Die Vorgerichte haben nur geprüft, ob durch die Urkunden der Uebergang nachgewiesen ist, während doch der das Anlegungsverfahren beherrschende Grundsatz der Ermittelung des Eigentümers von Amts wegen (§ 2 VO. vom 23. Juli 1898, DA. §§ 510 ff.) auch in dem Verfahren der Anlegung eines Grundbuchblattes für eine Gewerbeberechtigung entsprechend gilt. Der Grundbuchrichter ist nicht auf die ihm von den Antragstellern vorgelegten Nachweise beschränkt, sondern er hat alle Schritte zu tun, die zur Entscheidung über das Vorhandensein des Rechtes und die Person des Berechtigten erforderlich und geeignet sind. Er hätte deshalb prüfen sollen, ob nicht neben der Uebertragung des Eigentums an den Grundstücken auch die Uebertragung der dort ausgeübten Gewerberechte gewollt und nur aus Versehen oder Rechtsunkenntnis nicht ausdrücklich beurkundet worden ist. Bejahenden Falles hätte ihm Art. 10 GrBAnlG. vom 18. Juni 1898 den Weg geboten, um dem wegen Nichteinhaltung der gesetzlichen Formvorschriften bisher nur tatsächlich bestehenden Zustande nachträglich auch die rechtliche Grundlage zu geben. (Beschl. des I. ZS. vom 28. Nov. 1913, Reg. III 55/1913). W.

3205

II.

Auslegung der Art. 83 und 84 UeG. in bezug auf eine durch den Tod der Frau aufgelöste Gemeinschaft des Zugewinstes nach Bayer. LR. Berechnung der Gegenstandssumme eines Testaments nach Art. 111 GebG. Am 26. Januar 1911 starb Fanny B., die Gattin des Kaufmanns B. Die Ehegatten B. hatten 1864 im Gebiete des Bayer. LR. geheiratet und dort ihren ersten ehelichen Wohnsitz genommen. Einen Ehevertrag haben sie nicht geschlossen. Am 11. Juli 1898 errichteten sie ein gemeinsames Testament. Darin ist für den Fall, daß die Frau vor dem Manne stirbt, bestimmt, daß Erben der Frau ihre vier Kinder sein sollen, daß aber ihr damals aus ihrem Eheeinbringen von 20 000 Gulden und den von ihr ersparten Wertpapieren bestehendes Vermögen ausschließlich ihrer Tochter Emma L. zufallen soll. Des weiteren ist (im § 17) erwähnt, daß die Frau keinen Anspruch auf die eheliche Errungenschaft macht, und beigefügt: „Sollte eines meiner Kinder trotzdem nach meinem Tode gegen meinen überlebenden Gatten Ansprüche hiewegen erheben, so soll der überlebende Ehegatte Haupterbe sein und die Kinder nur den Pflichtteil erhalten." Das Testament wurde eröffnet; die Kinder erklärten ihrem Vater gegenüber, daß sie die Ausgleichung des Ehegewinns nicht verlangen, der Vater nahm diese Erklärung an. Der reine Rücklaß wurde auf rund 45 000 *M* angegeben. Der Gerichtsschreiber berechnete die Testamentsgebühr nach einem Werte von 45 000 *M*. Die Revision beanstandete diese Berechnung, weil zum Nachlasse auch der Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinns gehöre; dieser Anspruch sei in die Gegenstandssumme einzurechnen, über die im Testament verfügt ist, es werde deshalb die Wertfestsetzung nach Art. 43 GebG. angeregt. Der Gerichts-

schreiber beantragte die Festsetzung des Nachlaßwerts. Das Nachlaßgericht setzte den Wert für die Berechnung der Testamentseröffnungsgebühr auf 45000 M fest. Es nahm an, nach Art. 111 GebG. bemesse sich die Gebühr nach der Gegenstandssumme, über die in dem Testamente verfügt ist. Nach dem Bayer. LR. sei der überlebende Ehemann nicht schuldig, seinen Kindern aus dem Errungenschaftsvermögen einen Anteil als Muttergut zuzuweisen, er behalte die ganze Errungenschaft. Nach dem zur Zeit der Testamentserrichtung geltenden Rechte hätten daher die Erben gar keinen Anspruch gegen den Witwer auf Ausgleichung des Ehegewinns gehabt. Der § 17 des Testaments sei nur vorsorglich aufgenommen, um Streitigkeiten auszuschließen. Das UeG. gewähre allerdings in Art. 83 dem überlebenden Ehegatten und den Erben des vorverstorbenen Gatten einen Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinns; diese Vorschrift könne aber nicht herangezogen werden, weil sie bei der Testamentserrichtung noch nicht galt. Uebrigens gehöre dieser Anspruch nicht zum Nachlasse. Die Beschwerde der Regierungsfinanzkammer wurde zurückgewiesen. Auch ihre weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Gründe: Nach gemeinem Rechte gab es zwei Arten von Errungenschaftsgemeinschaft: die reine Errungenschaftsgemeinschaft und die Gemeinschaft des ehelichen Zugewinstes. Bei der reinen Errungenschaftsgemeinschaft bildete die Errungenschaft eine besondere, ausgeschiedene Vermögensmasse, es gab bei ihr drei Vermögensmassen, Vermögen des Mannes, Vermögen der Frau und das gemeinschaftliche Vermögen; bei der Gemeinschaft des Zugewinstes war während der Dauer der Gemeinschaft das gemeinschaftliche Vermögen nicht ausgeschieden, es gab nur zwei Vermögensmassen: Vermögen des Mannes und Vermögen der Frau; die Errungenschaft wurde erst nach der Beendigung des Güterstandes festgestellt; abgesehen von dem Vorbehaltsgute wurde das gesamte Vermögen der Ehegatten vereinigt, hievon die der Gemeinschaft zur Last fallenden Verbindlichkeiten abgezogen und die eingebrachten Güter der Ehegatten zurückgegeben, der Rest bildete die Errungenschaft. Nach den meisten Landesrechten gebührte von der so festgestellten Errungenschaft jedem Ehegatten die Hälfte, das UeG. nimmt an, daß es auch nach dem Bayer. LR. so war (Bayer. LR. Teil I Kap. 6 § 38). Der übergeleitete Güterstand des Bayer. LR. ist in Art. 83, 84 UeG. geregelt. Art. 83 bestimmt, daß, wenn zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. die Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Bayer. LR. besteht, an ihre Stelle der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung nach den Vorschriften des BGB. tritt, daß aber, wenn die Verwaltung und Nutznießung des Mannes auf andere Weise als durch Ehevertrag endigt, jeder Ehegatte von dem andern die Ausgleichung des Ehegewinns nach den bisherigen Vorschriften verlangen kann, wie wenn keine Aenderung des Güterstandes eingetreten wäre, daß der Anspruch nicht übertragbar ist und in einem Jahre verjährt. Damit ist der Inhalt des aus dem Bayer. LR. übergeleiteten Güterstandes festgelegt. Obwohl also der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des BGB., in den der gesetzliche Güterstand des Bayer. LR. übergeleitet wurde, keinen Anspruch der Frau auf den Ehegewinn kennt und der gesetzliche Güterstand des Bayer. LR. aufgehoben ist, soll dennoch nach dem übergeleiteten Güterstande jeder Ehegatte, also auch die Frau, einen solchen Anspruch haben, „wie wenn keine Aenderung des Güterstandes eingetreten wäre“; der Ehegewinn soll in der bisherigen, oben angeführten Weise festgestellt und verteilt werden. Mit dem gesetzlichen Güterstande des Bayer. LR. waren auch erbrechtliche Folgen verbunden; solche sind auch für den übergeleiteten Güterstand in Art. 84 UeG. geordnet. Allein diese kommen hier ebensowenig in Frage als die aufgehobenen erbrechtlichen Folgen des gesetzlichen Güterstandes des Bayer. LR. (Teil I Kap. 6 § 37), weil diese erbrechtlichen Folgen nur für die gesetzliche Erbfolge maßgebend sind, während es sich hier um testamentarische Beerbung handelt. Der Anspruch des Ehegatten auf die Ausgleichung des Ehegewinns ist so, wie er in Art. 83 UeG. geordnet ist, ein wesentlicher Bestandteil des umgewandelten Güterstandes, er entsteht kraft Gesetzes, er ist ein persönlicher Anspruch des einen Ehegatten gegen den andern, gehört zu dem Vermögen des Ehegatten, infolgedessen zu seinem Nachlaß und ist vererblich (ObLGZ. 4 S. 170). Daß er, um verwirklicht zu werden, geltend gemacht werden muß, hat er mit allen Forderungsansprüchen gemein. Daß er vermögensrechtlich und geldwertig ist, bedarf keiner Darlegung. Das LG. nimmt an, der Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinns nach Art. 83 UeG. werde erst dann ein geldwertes Recht, wenn er gesetzlich zulässig sei und wenn ihn der berechtigte Ehegatte oder seine Rechtsnachfolger geltend machen. Es unterscheidet also zwei Ansprüche, den Anspruch auf Ausgleichung an sich und den durch die Erhebung dieses Anspruchs erst geborenen, geldwerten Anspruch auf Ausgleichung selbst; es mißt der Erhebung des Anspruchs eine besondere Bedeutung, eine rechtschaffende Wirkung zu, damit verkennt es die rechtliche Bedeutung des Anspruchs nach Art. 83 UeG.

Allein die Entscheidung ist aus anderen Gründen aufrecht zu erhalten. Die Gebühr des Art. 111 GebG., um die es sich hier handelt, ist zu berechnen nach der Gegenstandssumme, über die in dem Testamente verfügt ist. Der Erblasser braucht in seinem Testamente nicht über sein ganzes Vermögen zu verfügen, er kann auch nur über einen Teil verfügen. Dann wird die Gebühr des Art. 111 nur nach dem Werte dieses Teiles berechnet. Gleichgültig ist, welches dann das erbrechtliche Schicksal des anderen Teils ist. Eine Zuweisung des ganzen Ehegewinns an den Mann, die die Finanzkammer in den Testaments-Bestimmungen der Frau B. erblicken will, ist jedenfalls nicht erfolgt. Die Erblasserin hat ausdrücklich erklärt, daß sie keinen Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinns erhebe. Darin liegt ein Verzicht auf den Anspruch ihrerseits mindestens von Todes wegen, der Verzicht ist zulässig (Henle-Schneider, AG. Anm. 11 zu Art. 83 UeG.). Dabei handelt es sich um einen Verzicht im weiteren Sinn, um die Erklärung, von einem Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen, ohne daß damit die Uebertragung auf einen andern verbunden wäre. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Gebühr des Art. 111 für die in dem Testament enthaltene Uebertragung von Vermögen erhoben werden soll, daß das GebG. unter Verfügung Uebertragung versteht. Da es sich aber hier nur um die Aufgabe eines Rechtes handelt, kann die Gebühr des Art. 111 nicht erhoben werden. In dem Testament ist weiter bestimmt, daß der überlebende Ehemann Haupterbe sein und die Kinder nur den Pflichtteil erhalten sollen, wenn trotz des von der Erblasserin erklärten Verzichts eines der Kinder gegen den überlebenden Ehemann Anspruch wegen des Ehegewinns erheben sollte. Darin liegt eine „Verfügung“ über den Anspruch auf Ausgleichung des Ehegewinns i. S. des Art. 111 GebG. Das LG. spricht von einem Anspruche, der „alsdann“ der Erblasserin oder an ihrer Stelle ihren Erben hinsichtlich der ehelichen Errungenschaft „allenfalls“ zustehen würde. Ein solcher Anspruch besteht nicht. Die Erblasserin hat auf den Anspruch in dem § 17 des Testaments rechtsverbindlich verzichtet, sie hatte also den Anspruch nicht mehr. Die Kinder hatten ihn von sich aus überhaupt nicht, denn er steht nur den Ehegatten gegeneinander zu, die Kinder hätten den Anspruch nur von der Mutter erben können. Weil aber die Mutter den Anspruch aufgegeben hatte, er also zur Zeit des Erbfalls nicht mehr zu ihrem Vermögen gehörte, haben ihn die Kinder nicht geerbt, sie konnten ihn daher mit Aussicht auf Erfolg gegen ihren Vater auch nicht geltend machen. Wollte man die Bestimmung

des Testaments, daß unter Umständen der Ehemann Haupterbe und die Kinder auf den Pflichtteil gesetzt sein sollen, als testamentarische Verfügung auch über den Anteil der Frau an dem Ehegewinn auffassen, so wäre sie ungültig und könnte keine Gebührenpflicht begründen (ObLGZ. Bd. 7 S. 594), weil dann die Erblasserin über einen vermeintlichen Vermögensbestandteil verfügt hätte, der ihr nicht zustand. Allein die Bestimmung ist gar keine testamentarische Verfügung. Die Kinder hätten ihrem Vater, wenn auch nicht mit Aussicht auf rechtlichen Erfolg, so doch tatsächlich durch die Erhebung des vermeintlichen Anspruchs Schwierigkeiten bereiten können. Um sie davon abzuhalten, also gewissermaßen als Abschreckungsmittel wurde offensichtlich die Bestimmung in das Testament aufgenommen, nicht um über den Ausgleichungsanspruch zu verfügen. (Beschl. des II. ZS. vom 10. Dez. 1913, Reg. V 26/1913).

3206 W.

B. Strafsachen.

Darf allgemein angeordnet werden, daß auch anderes Fleisch als frisches Fleisch einer abermaligen amtlichen Beschau unterworfen werde? Der Magistrat der Stadt A., die einen Schlacht- und Viehhof besitzt, hat am 18. November 1904 / 10. Februar 1905 unter Bezugnahme auf die Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1, 74, 75 und 145 Ziff. 2 PStGB. und den § 20 Abs. 2 FleischBG. vom 3. Juni 1900 ortspolizeiliche Vorschriften über die Fleischbeschau beschlossen. Der § 9 lautet: „Fleisch von Rindvieh, Schweinen usw., welches zum Zwecke der Verwendung zum menschlichen Genusse eingeführt wird, ist unmittelbar nach der Einfuhr dem Fleischbeschauer zur Besichtigung im Schlachtviehhofe vorzulegen und darf zuvor nicht in die Wohnungen der Empfänger, auf den Markt oder in die Verkaufsläden verbracht werden. Fleisch i. S. dieser Vorschrift ist nicht bloß das frische, sondern auch das zubereitete Fleisch von Schlachttieren, also insbesondere auch Fette und Würste, Schinken und überhaupt geräuchertes Fleisch, Speck. Würste und Schinken fallen unter diese Bestimmungen nicht, wenn sie nicht zum Wiederverkauf eingebracht werden." Die Gebühr für jede im Schlachtviehhofe vorzunehmende Beschau des von auswärts in rohem Zustande eingeführten Fleisches oder Fleischbestandteiles und Fleischfabrikates wurde auf zwei Pfennige für ½ kg festgesetzt. Der Angeklagte W. bezog als Geschäftsführer des Allgemeinen Konsumsvereins für die Stadt A. wiederholt von einer bayerischen Firma Rauchfleisch und Wurstwaren zum Weiterverkauf an die Mitglieder; er legte die bezogenen Waren dem Fleischbeschauer zur Besichtigung im Schlachtviehhofe nicht vor und zahlte die Beschaugebühr nicht. Er wurde von der Anklage wegen einer Zuwiderhandluug gegen Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 PStGB. und gegen den § 9 der ortsp. Vorschrift freigesprochen, weil die ortsp. Vorschrift in § 9 insoweit unwirksam sei, als hierdurch die Beschau des in die Stadt eingeführten zubereiteten Fleisches von Schlachttieren angeordnet wird. Die Berufung und die Revision des Staatsanwalts wurden verworfen.

Aus den Gründen des Urteils des Revisionsgerichts: Der Grund zur Erlassung des FleischBG. vom 3. Juni 1900, sein Zweck und die Bedeutung und Tragweite der für die Entscheidung maßgebenden Gesetzesstellen (§§ 20, 24, 29) erhellen am deutlichsten aus der „Begründung des Gesetzentwurfs" und den Verhandlungen des Reichstags (Verh. d. Reichst. S. 1079, 1081, 1082, 1089, 1090, 1091, 1898/1900; II. Anl.-Bd. Aktenstück Nr. 138 und V. Anl.-Bd. S. 3789, 3792). Grundlegend sind folgende Vorschriften des Gesetzes, wobei nach dem § 4 als Fleisch Teile von warmblütigen Tieren, frisch oder zubereitet zu verstehen sind, soferne sie sich zum Genusse für Menschen eignen, und als Teile auch die aus warmblütigen Tieren hergestellten Fette und Würste, andere Erzeugnisse nur insoweit gelten, als der Bundesrat dies anordnet. a) Das für den menschlichen Genuß bestimmte Fleisch muß nach der Schlachtung des Tieres bei Vermeidung der im Gesetze selbst angedrohten Strafe einer amtlichen Untersuchung unterzogen werden. b) Die einmalige Untersuchung genügt und gilt für das ganze Reichsgebiet. c) Verboten ist die allgemeine Anordnung einer nochmaligen Untersuchung von Fleisch, welches der amtlichen Beschau schon unterlegen hat. d) Ausnahmsweise darf das einmal amtlich untersuchte Fleisch einer nochmaligen Beschau nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen unterworfen werden (§ 20 Abs. 1 und 2 und § 24). e) Die Fleischbeschau ist einheitlich für das gesamte Reichsgebiet geregelt. Die Bundesstaaten dürfen nicht abweichende Bestimmungen treffen. Sie können dagegen weitergehende Vorschriften über die Fleischbeschau in den Fällen des § 20 Abs. 2 und des § 24 erlassen.

Der § 20 Abs. 1 enthält den das Gesetz beherrschenden Grundsatz, daß einmal amtlich untersuchtes Fleisch nicht mehr amtlich untersucht werden darf und läßt eine Ausnahme nur für den Fall der Feststellung darüber zu, ob das Fleisch inzwischen verdorben ist oder sonst eine gesundheitsschädliche Veränderung erlitten hat. Daß das Gesetz in dem letzten Satz nur einen Ausnahmefall im Auge hatte, ergibt sich aus der Fassung des Abs. 1 einerseits, aus der Bestimmung des Abs. 2 anderseits. Wäre nämlich die Anschauung richtig, daß auf Grund des § 20 Abs. 1 die allgemeine Nachbeschau eines bereits amtlich untersuchten Fleisches zulässig sei, so hätte die Bestimmung in Abs. 1 keinen Sinn; der Gesetzgeber hätte bei solcher Auffassung die abermalige Beschau nicht grundsätzlich verbieten dürfen, sondern die Nachbeschau im allgemeinen für zulässig erklären müssen. Wäre schon nach dem Abs. 1 die allgemeine Anordnung der Nachbeschau des Fleisches i. S. des § 4, mithin des frischen oder zubereiteten Fleisches zulässig, — zu letzterem gehören vornehmlich Schinken, Rauchfleisch und Würste —, so ist nicht einzusehen, wozu es noch des Abs. 2 des § 20 bedurft hätte, wornach frisches Fleisch innerhalb der Gemeinde dem Beschauzwang unterworfen werden kann. Was schon durch Abs. 1 erlaubt sein soll, bräuchte nicht erst durch Abs. 2 gestattet zu werden. Es ist deshalb unzulässig, auf Grund des § 20 Abs. 1 oder 2 bereits amtlich untersuchtes zubereitetes Fleisch allgemein einer nochmaligen Beschau zu unterwerfen; durch eine solche Anordnung würde die Ausnahme zur Regel. Die in dem § 20 Abs. 1 ausnahmsweise zugelassene abermalige amtliche Untersuchung ist nur zulässig, wenn die Polizeibehörde Grund zu der Annahme hat, daß das untersuchte Fleisch verdorben ist oder sonst eine gesundheitsschädliche Veränderung erlitten hat.

Durch § 20 Abs. 1 soll den Polizeibehörden das Recht der Kontrolle gesichert bleiben. Die Polizeibehörde darf mithin an den Orten, wo das bereits amtlich untersuchte Fleisch feilgeboten oder verkauft wird, nachschauen, ob solches Fleisch seit der amtlichen Untersuchung nicht eine gesundheitsschädigende Veränderung erlitten hat. Ergibt sich dabei der Verdacht einer solchen Veränderung, dann ist der Verfügungsberechtigte auf Auffordern verpflichtet, das beanstandete Fleisch neu amtlich untersuchen zu lassen. Unzulässig aber ist es, allgemein zu verlangen, daß das amtlich untersuchte Fleisch an einen bestimmten Ort und zur nochmaligen Untersuchung gebracht werde. Der Gesetzgeber wollte der einmal vorgenommenen amtlichen Untersuchung grundsätzlich Gültigkeit für das ganze Reichsgebiet verschaffen und eine nochmalige Beschau ausschließen. Deshalb kann auf Grund des § 20 Abs. 1 keine allgemeine An-

ordnung einer nochmaligen Untersuchung von Fleisch erlassen werden.

In § 20 Abs. 2 und in § 24 sind erschöpfend die Fälle aufgezählt, in welchen die Bundesstaaten weitergehende Vorschriften erlassen dürfen; eine sinngemäße Anwendung auf andere Fälle ist ausgeschlossen. Mithin dürfen auch auf Grund dieser Bestimmung nicht landesrechtliche Vorschriften dahin erlassen werden, daß allgemein ohne Rücksicht auf die in den §§ 24 und 20 Abs. 2 genannten Ausnahmefälle amtlich untersuchtes Fleisch nochmals zu untersuchen sei.

Nach der Meinung des Staatsanwalts ist der strafrechtliche Schutz für Zuwiderhandlungen gegen die allgemeine Anordnung der Nachbeschau in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 2 PStGB. zu suchen. Ist es an sich schon eine nicht unbedenkliche Auffassung, daß zur Sicherung des Vollzugs eines Reichsgesetzes ohne weiteres das Strafrecht der Bundesstaaten in die Bresche treten soll, so ist sie nach dem Grundsatze, daß Reichsrecht vor Landesrecht geht, unzutreffend, wenn eine Sache durch ein Reichsgesetz erschöpfend geregelt ist; bedroht in solchen Fällen das Reichsgesetz ein Tun oder Unterlassen nicht mit Strafe, so kann das gleiche Tun oder Unterlassen nicht nach Landesrecht mit Strafe bedroht werden, es müßte denn durch das Reichsgesetz die Erlassung landesrechtlicher Vorschriften vorbehalten sein. Das FleischBG. enthält nur Vorbehalte nach dieser Richtung in den §§ 24 und 20 Abs. 2, aber nicht in dem § 20 Abs. 1. Abgesehen hievon geht die Bezugnahme auf Art. 74 Abs. 1 Ziff. 2 PStGB. überhaupt fehl. Nur auf Grund der Ziff. 1 des Art. 74 können Vorschriften über die Beschau des Fleisches erlassen werden, Ziff. 2 betrifft Vorschriften über die Beschau anderer verkäuflicher Nahrungsmittel, Eßwaren, d. h. solcher, die nicht von Fleisch stammen. Die Ziff. 2 bezieht sich gar nicht auf die Fleischbeschau. In der Revisionsbegründung ist zutreffend ausgeführt, daß das durch die Ziff. 1 des Art. 74 seinerzeit geschaffene Recht zur Regelung der Fleischbeschau seit dem Inkraftsein des FleischBG. im wesentlichen seine Bedeutung verloren hat; die auf Grund des Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 erlassenen oder noch zu erlassenden Vorschriften können nur insoweit eine rechtliche Wirksamkeit beanspruchen, als sie ihre Grundlage in den §§ 24 und 20 Abs. 2 haben. (S. Beschluß des Staatsministeriums des Innern vom 3. Nov. 1902, abgedr. bei Uscholb, Kommentar zum FleischBG. S. 227).

Die Zulässigkeit der allgemeinen Anordnung der Fleischnachbeschau wird in der Revisionsbegründung schließlich durch den Hinweis auf § 29 FleischBG. und den § 4 Abs. 2 NMG. zu retten versucht. Nach § 29 FleischBG. bleiben die Vorschriften des NMG. unberührt; nach dem § 4 Abs. 2 NMG. bleiben landesrechtliche Bestimmungen unberührt, welche der Polizei weitergehende Befugnisse als die in §§ 2 und 3 bezeichneten geben. Nach dem § 2 darf der Beamte nur die Räume betreten, in denen die Gegenstände zur sofortigen Veräußerung bereit liegen; den Eintritt in die Aufbewahrungsräume, die nicht zugleich dem Verkehre dienen (Magazin, Keller, Speicher), gestattet der § 2 nicht. Unter den Voraussetzungen des § 3 darf der Beamte nicht nur in die Verkaufsräume, sondern auch in die zur Herstellung und Aufbewahrung der Waren bestimmten Räume (Magazine, Keller, Speicher, Arbeitsräume) eintreten, aber nur während der im § 2 bezeichneten Zeit, also wie nach § 2 nur während der üblichen Geschäftsstunden oder solange die Räume dem Verkehre geöffnet sind (von der Pfordten, Erl. z. NMG. Anm. 2 und 3 zu § 2, Anm. 2 zu § 3). Darnach müssen behufs Ausübung der nach dem NMG. dem zuständigen Beamten eingeräumten Befugnisse die Verkaufs- oder anderen Räume von dem Beamten aufgesucht werden und es kann auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen keine allgemeine Anordnung dahin erlassen werden, daß die Nahrungs-, Genußmittel- und Gebrauchsgegenstände, mithin auch Fleisch oder Fleischwaren, aus den Verkaufs- oder sonstigen Räumen des Verfügungsberechtigten an einen anderen Ort, etwa in den Schlachtviehhof, zur Vornahme der Kontrolle gebracht werden.

Nach den §§ 2 und 3 dürfen die Beamten der Polizei von den Gegenständen, welche sich in den angegebenen Räumlichkeiten befinden oder welche an öffentlichen Orten, auf Märkten, Plätzen, Straßen oder im Umherziehen verkauft oder feilgehalten werden, Proben zum Zwecke der Untersuchung gegen Empfangsbescheinigung entnehmen. § 4 Abs. 2 hat mithin nur die Bedeutung, daß den Beamten der Polizei bei der Vornahme der Lebensmittelkontrolle in den bezeichneten Räumen, Orten usw. landesrechtlich weitergehende Befugnisse eingeräumt werden können; auch auf Grund des § 4 darf nicht angeordnet werden, daß die Lebensmittel von den Räumen und Orten, Plätzen, wo sie verkauft oder feilgehalten werden, ohne Zustimmung des Verfügungsberechtigten zum Zwecke der Kontrolle an einen von der Polizei bestimmten Ort gebracht werden. Nach dem NMG. ist es geradezu verboten anzuordnen, daß Fleisch oder Fleischwaren zum Zwecke der Untersuchung in den Schlachtviehhof oder einen sonstigen von der Polizei bestimmten Ort gebracht werden. (Urt. vom 22. Nov. 1913, Rev.-Reg. 539/1913).

3213 Ed.

Oberlandesgericht München.

Streitwert eines Kündigungsprozesses (§ 3 ZPO.). Die Kommanditgesellschaft Sch. & Cie. bestand aus dem Kläger Dr. Sch. als persönlich haftendem Gesellschafter und der Beklagten als Kommanditistin; deren Einlage betrug 30 000 M, wovon 20 000 M nach dem Eintritt in die Gesellschaft (September 1912) bezahlt wurden und 10 000 M in der ersten Hälfte des Jahres 1913 entrichtet werden sollten. Am 25. April 1913 ließ die Kommanditistin durch ihren Anwalt den Gesellschaftsvertrag außerordentlich kündigen und Dr. Sch. zur Herauszahlung der 20 000 M aufzufordern. Daraufhin erhob dieser gegen die Kommanditistin Klage mit dem Antrage festzustellen, daß der zwischen den Parteien bestehende Gesellschaftsvertrag zu Recht besteht und die von der Beklagten erklärte außerordentliche Kündigung dieses Vertragsverhältnisses unwirksam ist. Dieser Rechtsstreit wurde durch außergerichtlichen Vergleich erledigt und die Klage zurückgenommen. Das LG. setzte den Streitwert auf 30 000 M fest, da dieser Betrag dem Interesse des Klägers an der Feststellung des Fortbestandes des Vertrages mit der Beklagten entspreche. Hiergegen erhob der Kläger Beschwerde, weil der Streitwert viel zu hoch festgesetzt sei; denn es sollte ja nur die Frage entschieden werden, ob bei einer Kommanditgesellschaft eine außerordentliche Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses möglich ist. Die Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen: Indem der Kläger den Rechtsbestand des Gesellschaftsvertrages und die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Beklagten festgestellt wissen wollte, beabsichtigte er nicht einen theoretischen Ausspruch darüber zu erwirken, ob bei einer Kommanditgesellschaft eine außerordentliche Kündigung zulässig ist, sondern er begehrte eine Feststellung dahin, daß die Beklagte nicht berechtigt ist, die Rückzahlung der Einlage zu 20 000 M zu fordern und die Einzahlung der fälligen 10 000 M zu verweigern. Das LG. hat deshalb den Streitwert mit Recht auf 30 000 M festgesetzt. (Beschl. vom 20. Okt. 1913, Beschw.-Reg. Nr. 659/13). N.

3148

Oberlandesgericht Nürnberg.

Erfüllungsort für den Wandelungsanspruch des Käufers; Vereinbarung des Gerichtsstands für den Kaufvertrag (§§ 462 ff., 346 ff., 269 BGB., § 29 ZPO.). Der Kläger verlangte bei dem Landgericht A. seines Wohnsitzes die Wandelung des mit R. in H. (Westfalen) abgeschlossenen Kaufvertrags über eine Maschine und die Verurteilung des Beklagten R., Zug um Zug gegen Rücknahme der Maschine an den Kläger die erhaltene Zahlung samt Zinsen und Auslagen zurückzugewähren. Die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Unzuständigkeit wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Einwilligung in die Wandelung und die Rückgabe der geleisteten Zahlung bildet den Hauptanspruch, neben dem noch die Rücknahme der Maschine und der Ersatz von Auslagen als Nebenforderung verlangt wird. Die streitige Verpflichtung ist an sich da zu erfüllen, wo sich die Handelsniederlassung des Beklagten befindet (§ 269 BGB.). Da aber die Verpflichtungen aus der Wandelung Zug um Zug zu erfüllen sind, hat der Kläger dem Beklagten die Maschinen zurückzugeben und ist dieser nur gegen gleichzeitige Uebergabe der Maschine zur Rückerstattung der geleisteten Zahlung und zur Befriedigung der Nebenforderungen (Zinsen und Auslagen) des Klägers verpflichtet, andrerseits aber auch der Kläger nicht verpflichtet, die Maschine herauszugeben, wenn er nicht Zug um Zug dagegen Zahlung erhält (§§ 467, 346, 348 BGB.; Rechtspr. OLG. 6, 380 ff.). Da aber der Käufer dem Verkäufer die Sache nicht zurückzuschicken braucht, die Auswechselung gegen den Kaufpreis vielmehr am Wohnsitze des Käufers stattzufinden hat, wo sich die Sache infolge des Kaufvertrags befindet, so ist an diesem Orte zu erfüllen (SeuffA. 64 Nr. 55). Nach § 29 ZPO. wäre also das angegangene Gericht zuständig. Es fragt sich aber, ob nicht ein anderer Gerichtsstand durch Vereinbarung zwischen den Parteien begründet wurde. In dem Bestellschein, der die Grundlage für die Ausführung des Vertrags zu bilden hat, befindet sich der vorgedruckte Vermerk: „Es soll als Erfüllungsort — Gerichtsstand — H. gelten." Ob der Kläger diese Vertragsbedingung anzuerkennen hat oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Denn es folgt daraus noch nicht, daß das Gericht in H. nunmehr an die Stelle des an sich zuständigen Landgerichts A. zu treten hat; der Beklagte hat keinen Beweis dafür gebracht, daß bei dem Vertragsschluß der Wille vorhanden war und ausgedrückt wurde, das gesetzlich zuständige Gericht auszuschließen. Das Interesse des Beklagten, seine Kunden auf Erfüllung ihrer Verpflichtungen am Gerichte seiner Niederlassung verklagen zu können, ist offensichtlich; diese Möglichkeit erhielt der Beklagte jedoch auch durch die nur wahlweise Zuständigkeit jenes Gerichts. Jedenfalls aber bezog sich die Vereinbarung naturgemäß nur auf die Erfüllung der im Bestellschein geregelten Vertragspflichten. Hier handelt es sich jedoch gar nicht um die ursprüngliche Verpflichtung aus dem Vertrage; denn streitig ist nicht die vertragsmäßige Leistungspflicht des Verkäufers, sondern dessen Verpflichtung zur Einwilligung in die Wandelung und zur Rückgabe des Empfangenen (SeuffA. 47 Nr. 55). Hätten die Vertragsteile für alle Klagen eine ausschließliche Zuständigkeit in H. schaffen wollen, so hätten sie dies als Abweichung von dem gesetzlichen Gerichtsstand unzweideutig ausdrücken müssen (SeuffA. 52 Nr. 193; 54 Nr. 248). Da dies nicht geschehen ist, muß sich der Beklagte im gesetzlichen Gerichtsstande verklagen lassen. (Urt. des II. ZS. vom 27. Mai 1913, L 722/13).

3208 B—r.

Bücheranzeigen.

Spiegel, Dr. Ludwig, o. ö. Professor an der deutschen Universität in Prag. Gesetz und Recht, Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie. 139 Seiten. München und Leipzig 1913. Duncker & Humblot. Mk. 4.—

Der alten Schule, die das Recht im wesentlichen in Gesetz und Gewohnheit zu finden glaubte, sind Gegner erstanden, die untereinander zwar mannigfach im Streite, sich doch wohl in zwei Gruppen sammeln lassen: in voluntaristische Gefühlsjuristen und in soziologische Juristen. Den Gefühlsjuristen ist Rechtsquelle der Rechtswille oder das Rechtsgefühl; das Recht erschließt sich nach ihnen demjenigen, der sich in es einzufühlen versteht. Bei den Soziologen sind zwei Richtungen erkennbar. Die Angehörigen der einen halten das Recht für gleichbedeutend mit gesellschaftlicher Zweckmäßigkeit, die freilich nur neben dem klaren Gesetze Beachtung finden könne. Die anderen sehen eine mit dem Gesetze mindestens gleichberechtigte Rechtsquelle in der Gesellschaft, insoferne die Anschauungen der maßgebenden Gesellschaftsschicht Recht sein sollen. Gemeinsam ist ihnen allen mit ihrem Gegner, der historischen Schule, die Grundlage: die Rechtsquellenlehre. Die Neuerer suchen andere Quellen und verlangen etwa, daß die Rechtswissenschaft sich nicht auf die Quellenkunde beschränken dürfe, aber sie sagen sich von den Quellen nicht los. Es ist merkwürdig, daß ein für die Rechtsfrage demgegenüber theoretisch ziemlich gleichgültiger, wenn auch praktisch bedeutsamer Umstand die Aufmerksamkeit der Kritiker besonders auf sich gezogen hat, der Umstand nämlich, daß die Neuerer zum Teil ihre Anschauungen auch auf Kosten der bisherigen bevorzugten Rechtsquellen gelten lassen wollen, d. h. daß sie zum Teil „Freirechtler" sind. Nun kann aber auch der gesetzestreueste Jurist den wichtigsten Satz, mit dem er arbeitet, aus keinem Gesetz herleiten, den Satz nämlich: das Gesetz ist Rechtsquelle. Dieser Satz mag sich in Gesetzen finden, seine Geltung kann er nicht auf das Gesetz stützen; stützt sich doch umgekehrt die Anerkennung des Gesetzes als Rechtsquelle auf ihn. Er ist ein Erkenntnissatz und daher nur beachtlich, wenn er richtig ist. Das Gesetz ist etwas Wirkliches; es bleibt wirklich, auch wenn es Irrtümer enthält. Wenn der Satz von der Rechtsquellennatur des Gesetzes als falsch dargetan wird, wird daher dem Gesetze kein Schaden zugefügt, sondern ihm nur eine Eigenschaft abgesprochen, die ihm zu Unrecht zugeschrieben wurde. Wichtiger als die Verschiedenheit in den Anschauungen über die zu bevorzugenden Quellen ist es, daß auch die Neuerer am Rechtsquellengedanken festhalten; auch ihnen ist „Recht" mehr eine Herkunfts- als eine Eigenschaftsbezeichnung. Jede Rechtsquellenlehre, die freirechtliche wie die der historischen Schule und die der Naturrechtler, sucht im Recht etwas selbständig Vorhandenes, wie etwa in der Sitte. Die Erkenntnis des geltenden, des bestehenden Rechts ist das Ziel der Arbeit. Wenn man die Wissenschaften, die das Bestehende ermitteln wollen, Bestandswissenschaften nennt, so ist auch die Rechtswissenschaft eine Bestandswissenschaft. Freilich ist das Bestehende, womit sie sich befaßt, etwas Eigenartiges. Man kann es mit dem hergebrachten Ausdruck „Norm" bezeichnen. Darunter wäre der allgemeine oder doch für einen Einzelfall entscheidende Rechtssatz zu verstehen. Diese Norm hat die Eigenart, gleichzeitig als eine Richtschnur für das Handeln des Einzelnen und als ein Erkenntnissatz für den beurteilenden Richter angesehen zu werden. Die Rechtsquellenwissenschaft unterscheidet sich also von anderen Bestandwissenschaften dadurch, daß der Bestand, den sie feststellen will, nicht nur in Tatsachen besteht, sondern daß der Erkenntnissatz selbst, mit dem dann gearbeitet wird, wie etwas Bestehendes zu ermitteln versucht wird; sie scheidet

jedoch dadurch nicht etwa aus dem Kreise der Bestandswissenschaften aus. Nun gibt es außer den Bestandswissenschaften aber noch eine andere Art von Wissenschaften. Als Beispiel kann man die Zweckwissenschaften anführen, d. h. die Wissenschaften, die nicht nur etwas Bestehendes ermitteln, sondern die Bedeutung eines Tatbestandes von einem bestimmten Gesichtspunkt aus, hier dem der Zweckmäßigkeit, erkennen wollen. Man kann derartige Wissenschaften Bedeutungswissenschaften nennen. Es besteht ziemlich unabhängig von den Schulgegensätzen eine starke Strömung unter den Juristen, die Rechtswissenschaft als eine Bedeutungswissenschaft zur Anerkennung zu bringen und ihr damit einen Dienst zu erweisen, wie er größer kaum gedacht werden kann. Alle Versuche in dieser Richtung müssen aber scheitern, solange an der Rechtsquellenlehre festgehalten wird. Denn diese Lehre ist immer gleichbedeutend mit bestandswissenschaftlichen Gedankengängen und führt daher stets von Neuem zur Vermengung des Rechtlichen (der Bedeutungsfrage) mit dem Tatbestandlichen (dem rechtserheblichen Verhalten der Gesamtheit). Ein weiteres Hindernis für die Anerkennung der Rechtswissenschaft als selbständige Bedeutungswissenschaft besteht darin, daß man nicht danach strebt, die Selbständigkeit des Rechts herauszuarbeiten, sondern sich darauf beschränkt, Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte zu verwenden und damit das Recht überhaupt in Wohlgefallen aufzulösen.

An diese Schicksalsfragen des Rechts und seiner Wissenschaft rühren auch die Aufsätze und Vorträge Spiegels, und darin wird man, ungeachtet aller Einzelheiten, ihr Verdienst zu finden haben. Spiegel arbeitet mit gefühlsmäßigen und soziologischen Erwägungen. Freirechtler ist er wohl ebensowenig wie Gegner der Rechtsquellenlehre, die er nicht abschaffen sondern ergänzen will. Aber er steht der herrschenden Lehre sehr kritisch gegenüber und hat den wichtigen Schritt von der rein genetischen Auffassung zur Beschreibung getan, der den Uebergang zur Bedeutungswissenschaft vorbereitet, wenn auch noch nicht vollzieht. Und von seinem Standpunkt aus trägt er soviele begründete Bedenken gegen die herrschenden Anschauungen zusammen, daß man aus dem Buche, über seinen eigenen Inhalt hinausgehend, den dringenden Rat zu vernehmen glaubt, sich endlich nach einem Ersatz für die Rechtsquellenlehre umzusehen.

Gleich der erste Vortrag über das Erbe des absolutistischen Staates führt mitten in die interessantesten Probleme. War früher das Gesetz als Willensäußerung des absoluten Herrschers Rechtsquelle, so ist es heute das Gleiche als Willensäußerung des Gesetzgebers. Der Willensträger hat gewechselt, der Wille wird nach wie vor als Recht angesehen. Der Staat ist konstitutionell geworden, das Recht ist absolut geblieben. Der zweite Vortrag (Jurisprudenz und Sozialwissenschaft) verlangt in lehrreichen Ausführungen die Befruchtung der Rechts = durch die Gesellschaftswissenschaft, der dritte (Entwürfe und Gesetze) behandelt aufschlußreich das Gebiet der Gesetzestechnik. An zwei kritische Aufsätze (Savignys „Beruf" und Gönners Gegenschrift, und: Hatscheks Betrachtungen über das kontinentale Rechtsquellensystem) schließt sich sodann eine Abhandlung über den référé législatif oder die Anfrage bei Hof (zur Ausfüllung von Gesetzeslücken und Klärung von Zweifeln). Den Beschluß macht ein bedeutender Beitrag „zur Lückenlehre". Nicht das Recht, nur das Gesetz kann Lücken haben. Worauf sich das Recht nicht erstreckt, das fällt nicht in eine Rechtslücke, sondern aus dem Recht heraus. Von diesem Standpunkt aus wird dann Zitelmanns Lückenlehre äußerst fesselnd besprochen.

Eine kurze Inhaltsangabe kann der Bedeutung des kleinen Buches nicht gerecht werden. Es enthält in jedem Teil eine Fülle geistvoller Bemerkungen und scharfsinniger Beobachtungen, und hat eine Eigenschaft, die man bei einer Sammlung kleinerer Abhandlungen selten findet: es läßt den Leser, der einmal das Ganze aufgenommen hat, nicht mehr locker. Wie eine glänzende zusammenhängende Darstellung fordert es immer wieder dazu heraus, mit dem Lesen von neuem zu beginnen.

München. Amtsrichter Sauerländer.

Marbe, Dr. K., o. ö. Professor und Vorstand des Psychologischen Instituts der Universität Würzburg. Grundzüge der Forensischen Psychologie. 120 Seiten. München 1913, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Geb. Mk. 4.—.

Das Buch gibt die Vorlesungen wieder, die Professor Marbe während des ersten bayerischen Fortbildungskurses für Justizbeamte im Mai 1913 in München gehalten hat. Wir begrüßen freudig das Erscheinen dieser interessanten, lehrreichen Vorträge und zwar nicht bloß im Interesse derer, die sie nicht gehört haben, sondern gerade auch im Interesse der seinerzeitigen Hörer. Ihnen bietet das Buch die wünschenswerte Möglichkeit zur Auffrischung des Gedächtnisses. Nichts wäre bedauerlicher, als wenn einer z. B. aus der Vorlesung über die Psychologie der Zeugenaussage nichts behalten hätte als den allgemeinen Eindruck, daß man den Zeugenaussagen mit Vorsicht oder gar mit Mißtrauen gegenüberstehen müsse, ohne noch zu wissen, welcher Art denn die Irrtümer sind, die man bei Zeugen beobachtet hat, nach welcher Richtung z. B. bei der Schätzung räumlicher und zeitlicher Entfernungen die Angaben von der Wirklichkeit abzuweichen pflegen.

E.

Langheinrich, Dr. Ernst, K. Bezirksamtsassessor in Bad Kissingen. Kirchengemeindeordnung für das Königreich Bayern vom 24. September 1912 mit den Vollzugsvorschriften. Lief. 4 (Schluß). XII, 337—585 Seiten. München, Berlin und Leipzig 1914, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Mk. 5.80 (vollständig geb. Mk. 11.—).

Die Ausgabe ist jetzt durch das Erscheinen der 4. Lieferung abgeschlossen. Der Verfasser hat schon durch seine tief eindringende Abhandlung über die zivilrechtliche Bedeutung der KGO. in dieser Zeitschrift (Jahrg. 1913) dargetan, daß er das Gesetz nicht ausschließlich vom Standpunkte des Verwaltungsbeamten aus betrachtet, sondern daß er auch im bürgerlichen Rechte gut zuhause ist. Seinen Erläuterungen darf gleichfalls nachgerühmt werden, daß sie dem Zusammenhang des Gesetzes mit dem Reichsrecht und dem übrigen bayerischen Landesrechte überall gründlich nachgehen. Langheinrich beschränkt sich nirgends auf den bei Ausgaben neuer Gesetze gebräuchlichen Abdruck von Ausschnitten aus den Vorarbeiten, vermeidet es andererseits aber auch, sich in langatmige Streitfragen einzulassen, sondern gibt knapp und bestimmt das zum Verständnisse des schwierigen Gesetzes und zu seiner Anwendung im Leben Erforderliche.

von der Pfordten.

Feuchtwanger Ludwig, Der Eintritt Bayerns in das Reichsarmenrecht. 43 S. München-Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, Preis: geheftet Mk. 1.20.

Der Aufsatz ist aus einem Vortrag entstanden, den der Verfasser am 26. Februar 1913 in der Münchner Volkswirtschaftlichen Gesellschaft gehalten hat; er bietet einen kurzen geschichtlich kritischen Abriß über die Entwickelung der staatlichen Armenpflege seit der Reformationszeit, behandelt dann in gleicher Weise das Armenrecht des Deutschen Reiches von 1871 bis 1908, wobei insbesondere die deutsche Sozialgesetzgebung in interessante Beziehungen zur öffentlichen Armenpflege gebracht wird und schließt mit einer Würdigung des bayerischen Armenwesens für die Zeit vom Jahre 1869 bis zum Erlasse des Gesetzes, welches den Eintritt

Bayerns in das Recht des Unterstützungswohnsitzes anbahnt. Dem Politiker und Volkswirtschaftler gibt das Büchlein einen guten geschichtlichen Ueberblick über die Kräfte und Ursachen, die zur kommenden Entwickelung des Armenwesens geführt haben. W.

Kauffmann, Dr. Max, Privatdozent für Medizin an der Universität Halle. Das Verschuldungsprinzip im Strafrecht. 70 S. Halle 1912, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.

Der Verfasser sucht nach einem allgemeinen, Vorsatz und Fahrlässigkeit umfassenden Schuldbegriff und findet ihn in dem „Wissen um die Verantwortlichkeit eines Verhaltens". Dieses Ergebnis der Abhandlung bedeutet kaum einen Fortschritt in der Lehre von der strafrechtlichen Schuld. Auch die Darstellung befriedigt wenig. Einen breiten Raum nehmen Stellen aus rechtswissenschaftlichen und philosophischen Werken ein. Sie stören öfters den Gedankengang. Die eigenen Ansichten des Verfassers sind nicht immer mit der wünschenswerten logischen Schärfe entwickelt.

München. II. Staatsanwalt Dr. Dürr.

E. Girisch, Dr. jur. et rer. pol., H. Hellmuth und H. Pachelbel. Handwörterbuch des bayer. Staatskirchenrechts. Zweite, vollständig durchgearbeitete und vermehrte Auflage. 527 Seiten. München 1914, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier).

Die 1. Auflage dieses Buches erschien im Jahre 1911, also zu einer Zeit, da das bayer. Staatskirchenrecht noch der Läuterung durch die Kirchengemeindeordnung entbehrte und in seiner übergroßen Zahl von Quellen kaum zu übersehen war. Die 2. Auflage ist jetzt, nachdem die Kirchengemeindeordnung Gesetz geworden, nicht minder lebhaft zu begrüßen. Das Werk gibt in Gestalt eines Wörterbuchs eine vollständige, kurz und übersichtlich gefaßte Darstellung des gesamten bayer. Staatskirchenrechts. Einer seiner Hauptvorzüge ist, daß es die Quellen erschöpfend und zuverlässig, nicht nur zusammenfassend an der Spitze jeder Abhandlung, sondern auch nach den einschlägigen Sätzen der Darstellung besonders angibt. Der Theoretiker wie der Praktiker ist dadurch in die Lage gesetzt, sich im einzelnen Fall über Gesetz, Rechtsprechung und Literatur schnell und sicher zu unterrichten. Besonders schätzbare Dienste wird das Buch für den unmittelbaren Vollzug der Kirchengemeindeordnung leisten; die gemeinverständliche Darstellungsweise macht es auch zur Beratung von Nichtjuristen, namentlich der Kirchenverwaltungsvorstände, sehr geeignet. Den noch in der Vorbereitung stehenden jungen Juristen wird das Buch längst unentbehrlich sein.

Bad Kissingen. Bezirksamtsassessor Dr. Langheinrich.

Kahn-Obermeyer, Wehrbeitragsgesetz mit den bayerischen Vollzugsvorschriften. 250 Seiten. München 1914, J. Schweitzer (Arthur Sellier). Preis geb. Mk. 3.—.

Die Eigenart dieses in „Schweitzers blauen Textausgaben" erschienenen Kommentars liegt darin, daß er zurzeit der einzige ist, der besonders für bayerische Verhältnisse berechnet ist. Deshalb sind nicht nur neben den Ausführungsbestimmungen des Bundesrates die bayerischen Vollzugsvorschriften, die bekanntlich sehr wichtige Paragraphen, z. B. über die Veranlagung der fortgesetzten Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft, über die Einschätzung des Ertragswertes usw., enthalten, vollständig mit allen Formularen abgedruckt, sondern es ist auch bereits in den Anmerkungen auf sie verwiesen und es ist überall an den zahlreichen Stellen, an denen das Landessteuerrecht maßgebend ist, also vor allem bei der Festsetzung des Einkommens, bei dem Veranlagungsverfahren und bei der Durchführung des Generalpardons, die bayerische Rechtslage eingehend berücksichtigt. Die Anmerkungen geben eine sehr gediegene und recht ausführliche Erläuterung des schwierigen Gesetzes; sie beschränken sich nicht etwa, wie dies manchmal bei den rasch nach dem Erscheinen eines neuen Gesetzes auftauchenden „Kommentaren" der Fall ist, auf eine Wiedergabe der Gesetzgebungsmaterialien. Lehrreich ist es, den bekannten Kommentar von Dr. A. Hoffmann, dem wegen der Stellung seines Verfassers im Reichsschatzamte eine besondere Bedeutung zukommt, über einige Streitfragen mit der vorliegenden Ausgabe zu vergleichen. Nach Hoffmann sollen die Ermäßigungsvorschriften des § 33 nur anwendbar sein, wenn die beiden Voraussetzungen hinsichtlich des Vermögens und des Einkommens nebeneinander vorliegen; nach ihm soll der Generalpardon möglichst eng auszulegen sein. In beiden Punkten vertreten Kahn und Obermeyer — meiner Ansicht nach mit Recht — die gegenteilige Meinung. Nach den Ausführungen des bayerischen Finanzministers im Landtage dürfte allerdings der Generalpardon in Bayern in noch weitergehendem Maße durchgeführt werden, als es nach der Ansicht der beiden Verfasser anzunehmen ist. Insbesondere dürfte auch einem Erben — entgegengesetzt der S. 123 ausgesprochenen Meinung — die befreiende Wirkung des Generalpardons zugute kommen, wenn er innerhalb der vom Gesetze bestimmten Zeit berichtigende Angaben über die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Verstorbenen freiwillig bei der zuständigen Stelle abgibt. Da auch die Ausstattung, den weitverbreiteten „blauen" Textausgaben entsprechend, recht gut ist, kann das Buch allen Beitragspflichtigen, die in Bayern ihren Wohnsitz haben, für die Abgabe ihrer Vermögenserklärung empfohlen werden.

München. Finanzassessor Dr. Süß.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Schulpflichtverordnungen. Die bayerischen Vorschriften über die Schulpflicht (s. Art. 58 Abs. 3 PStGB.) sind durch die Verordnungen vom 22. Dezember 1913 über die Schulpflicht und über die Berufsfortbildungsschulen (GVBl. 1913 S. 957, 966) mit Wirkung vom 1. Januar 1914 nicht unerheblich geändert worden. Der sachliche Inhalt der Reform bedarf hier keiner näheren Darstellung. Es sind zwei Arten von Fortbildungsschulen vorgesehen, die Volksfortbildungsschulen und die Berufsfortbildungsschulen. Die Sonntagsschule ist der Volksfortbildungsschule gewichen. Diese ist ein Teil der öffentlichen Volksschule. Die Werktagsschule heißt jetzt Volkshauptschule. Die Berufsfortbildungsschulen sind gegenüber den öffentlichen Volksschulen selbständige Unterrichtsanstalten; „öffentlich" i. S. der Verordnung sind sie, wenn sie von einer Gemeinde errichtet sind. Der Eintritt in eine Berufsfortbildungsschule ist an sich freiwillig; weitgehende Ausnahmen gestatten aber, ihren Besuch zur Pflicht zu machen.

Für die Rechtspflege kommt zunächst das Verhältnis der neuen Vorschriften zu Art. 56 und Art. 58 PStGB. in Betracht. Eine Angleichung des Wortlautes der gesetzlichen Vorschriften an die neuen Verhältnisse war im Rahmen der Verordnungen selbstverständlich nicht möglich. Damit hat aber das Gesetz seinen Inhalt nicht verloren. Bei sachgemäßer Auslegung können vielmehr Schwierigkeiten nicht entstehen. Der Richter hat im Einzelfalle und nach den örtlichen Verhältnissen zu prüfen, ob nach dem Sinne und Zwecke des Gesetzes der strafbare Tatbestand erfüllt ist. Selbstverständlich ist z. B. ein Fortbildungsschüler nicht deshalb bei dem Besuche einer öffentlichen Tanzunterhaltung straflos, weil Art. 56 Abs. 2 nur von „Sonntagsschulpflichtigen" spricht, die Sonntagsschule als solche aber beseitigt ist. Aehnliche Abweichungen

zwischen dem Wortlaute des Gesetzes und den tatsächlichen Verhältnissen kommen auch sonst vor und sind gerade auf dem Gebiete der Schule, wo das Fortbildungsschulwesen eine örtlich verschiedene Entwicklung genommen hat, nichts Neues. Die Praxis war sich nie im Zweifel, daß an die Stelle der Sonntagsschule auch strafrechtlich die Schulgattung zu treten hat, durch die sie auf dem Wege der Verwaltungsorganisation ersetzt ist.

Das Rechnungswesen bei den Strafanstalten. Die Bekanntmachung vom 24. Dezember 1913, die Kassen-, Buchführungs- und Rechnungsgeschäfte der Strafanstalten betr. (JMBl. S. 755) bedeutet auf dem Wege zu der Neuordnung des Strafanstaltswesens, die bereits in der Denkschrift zum Justizetat für die Finanzperiode 1914/1915 angekündigt ist, einen wesentlichen Schritt vorwärts. Bisher bestand die Tätigkeit der sog. Nebenbeamten bei den Strafanstalten (zweiten Direktoren, Inspektoren, Assessoren) hauptsächlich in der Führung der Kassen- und Rechnungsgeschäfte. Zur Unterstützung der Anstaltsvorstände bei ihren vielseitigen Dienstgeschäften und zu den eigentlichen Aufgaben eines höheren Strafanstaltsbeamten konnten sie nur in ganz beschränktem Maße herangezogen werden; und je mehr sich diese Aufgaben mit der Einführung der neuen Hausordnung, mit dem Uebergang von der bequemen Schablone in der Behandlung der Gefangenen zu der Zeit, Geduld, Ausdauer und Menschenkenntnis erfordernden Individualisierung und mit der Ausnützung der Arbeitskräfte der Gefangenen für öffentliche Zwecke, besonders für Kulturunternehmungen aller Art, steigerten, desto fühlbarer machte sich das Bedürfnis, die Nebenbeamten von ihrer formalen, ihrer Vorbildung nicht entsprechenden Tätigkeit zu entlasten und ihre Mitwirkung bei den Kassen- und Rechnungsgeschäften auf das unbedingt notwendige Maß zurückzuführen. Diesem Bedürfnisse trägt die Bekanntmachung Rechnung. Sie überträgt die Besorgung der eigentlichen Kassen-, Buchführungs- und Rechnungsgeschäfte den Buchhaltern, deren jede Strafanstalt künftig zwei erhalten soll (§ 3). Einer der Buchhalter führt die Handkasse, die Kassetagebücher und die Bank- und Postscheckkontogegenbücher, empfängt und leistet die Zahlungen und stellt die Jahresrechnung, der andere Buchhalter führt die Kassehauptbücher unter Beischaffung, Prüfung und Fertigung der Belege und besorgt die Sollstellung der Einnahmen (§ 4). Die Tätigkeit des Nebenbeamten erstreckt sich künftig nur noch auf die Leitung und Ueberwachung der Kassen-, Buchführungs- und Rechnungsgeschäfte und der Rechnungsstellung, auf die Führung der Hauptkasse und auf die Bearbeitung aller wichtigeren Berichte, Anträge und Aufstellungen (§ 1).

Die Bekanntmachung enthält ferner eine Reihe formeller Vorschriften über die Führung der Bücher und Nebenrechnungen, die das Buchführungs- und Rechnungswesen auf möglichst zweckmäßige, einfache, klare und übersichtliche Formen zurückführen, allen veralteten Wust und alles überflüssige Schreibwerk zu beseitigen trachten und dabei auch manches Extrazöpfchen abschneiden, das der einen oder anderen Strafanstalt im Laufe der Jahre gewachsen war.

Die Bekanntmachung vom 24. Dezember 1913, die Kosten der Unterbringung und Verpflegung in den Strafanstalten betr. (JMBl. S. 751) enthält Ausführungsvorschriften zu der Verordnung vom 26. Juli 1913 (GVBl. S. 433). Als für weitere Kreise bemerkenswert mag daraus hervorgehoben werden, daß jetzt endlich die Beitreibung der Kosten des Strafverfahrens **und** der Strafvollstreckung dem nämlichen Rentamt übertragen ist. Bisher lag die Beitreibung der Strafvollstreckungskosten dem Rentamt ob, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz hat, die Beitreibung der Kosten des Strafverfahrens dem Rentamt, in dessen Bezirk das Gericht liegt, von dem das Urteil erster Instanz erlassen wurde. Beide Rentämter waren unabhängig voneinander tätig; beide hatten die Vermögensverhältnisse des Verurteilten zu erforschen, beide selbständig das Beitreibungsverfahren innerhalb ihrer Zuständigkeit durchzuführen. Dieses überflüssige, schwerfällige und zeitraubende Nebeneinanderarbeiten zweier Behörden in einem Verfahren, das die Beitreibung der durch **eine** gerichtliche Entscheidung **einem** Schuldner überbürdeten Kosten bezweckt, ist durch § 4 der Bekanntmachung beseitigt. Das Rentamt, in dessen Bezirk das Gericht erster Instanz liegt und dem die Beitreibung der Kosten des Strafverfahrens obliegt, hat künftig auch die Kosten der Strafvollstreckung beizutreiben.

3215

Die Bekämpfung der übertragbaren Krankheiten. Die Bek. vom 9. Mai 1911 (GVBl. 426) über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, die auf der Grundlage des Art. 67 Abs. 2 PStGB. für Bayern die rechtliche Handhabe zur Bekämpfung der übertragbaren nicht im Reichsseuchengesetz vom 30. Juni 1900 behandelten Krankheiten bildet, wurde ergänzt durch die Bek. des Staatsministeriums des Innern über die Bekämpfung der übertragbaren Kinderlähmung (Poliomyelitis anterior acuta) vom 5 Januar 1914 (GVBl. 2), die auch für diese Krankheit eine ähnliche Anzeigepflicht schafft, wie sie auf Grund der Bek. vom 9. Mai 1911 schon für eine Reihe von Krankheiten besteht. Im Zusammenhang damit steht eine mit Bek. des Staatsministeriums des Innern vom 4. Januar 1914 (GVBl. 2) erfolgte Ergänzung der Dienstanweisung für die Leichenschauer, die diesen die Anzeige von jedem Todesfall an dieser Krankheit zur Pflicht macht.

3216

Sprachecke des Allgemeinen Deutschen Sprachvereins.

oder aber. Eine neue Sprachdummheit ist jüngst aufgekommen und macht natürlich glänzend Schule. „Die Frauen und Mädchen werden gebeten, entweder Hüte ohne Rand aufzusetzen **oder aber** den Hut in der Kirchenbank abzunehmen.“ — „. . . Unterschied, ob man für sich arbeitet **oder aber** für andere Leute um Lohn.“ — „Eine Ausfahrt oder ein Spaziergang **oder aber** ein Ritt durch den Tiergarten . . . .“ — „Irgendein altes, kleines Gasthaus, **oder aber** die Wirtschaft, die du gewöhnlich besuchst.“ — „. . . den Störer der parlamentarischen Ordnung vornehm zu ignorieren **oder aber** Gewalt anwenden zu lassen.“ — „. . . ob er nur eine Mark **oder aber** mehr zu bezahlen habe.“ — „in Hypotheken **oder aber** in Staatspapieren anzulegen.“ — „wo das nackte Felsgestein offen am Tage liegt **oder aber** in mächtigen Blöcken die Erde bedeckt.“ — Auch neue Sätze fängt man schon so an: „**Oder aber** wir gehen einer allgemeinen Zersetzung entgegen.“ — Und so oderabert es sich heute allenthalben; ein alleinstehendes „oder“ findet man kaum mehr. Was das „aber“ bezwecken soll, ist nicht klar; überflüssig ist es überall, ebenso wie „auch“, das man ebenfalls immer häufiger neben „oder“ findet. Also weg mit dem Aber und dem Auch! „oder“ allein genügt vollkommen.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. I. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Nr. 4 u. 5 München, den 20. Februar 1914. 10. Jahrg.

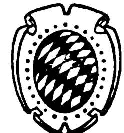
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. I. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Zu § 22 Abs. 2 der Grundbuchordnung.

Von **Eugen Krafft**, Landgerichtspräsident in Landshut.

Auf S. 381 des vorigen Jahrganges dieser Zeitschrift ist eine Entscheidung des Obersten Landesgerichts abgedruckt, die sich mit der Frage befaßt, ob der Ehemann, der mit seiner Frau in vertragsmäßiger allgemeiner Gütergemeinschaft nach BGB. lebt, für seine Frau wirksam den Antrag stellen kann, daß sie als Miteigentümerin eines Grundstücks eingetragen werde, ehe er noch selbst als Eigentümer eingetragen ist, und ob § 22 Abs. 2 GBO. ein Hindernis bildet. Die Entscheidung spricht sich für die Wirksamkeit des Antrags aus. Es soll hier nicht untersucht werden, ob das Ergebnis richtig ist, sondern nur, ob die Begründung der Entscheidung zutrifft. Meines Erachtens erheben sich dagegen nicht allzuleicht zu beseitigende Bedenken.

Die Entscheidung sagt, die Zustimmung der Frau selbst zur Eintragung sei allerdings notwendig, weil § 22 Abs. 2 GBO. entsprechend anzuwenden sei und nicht eine Verwaltungshandlung des Mannes hinsichtlich des Gesamtguts in Frage stehe; aber die Zustimmung sei als vorliegend zu erachten, weil mit Rücksicht auf die Sachlage als offenkundig anzunehmen sei, daß die Frau den Mann zur Erklärung ihrer Zustimmung stillschweigend bevollmächtigt habe. Und dies wird wieder daraus geschlossen, daß das ganze Interesse der Frau darauf gehe, daß sie als Miteigentümerin eingetragen werde.

Die Frage ist nun nicht, was die Frau bei verständiger Würdigung der Sachlage tun würde, sondern was sie wirklich getan hat, nicht also, ob sie unter jener Voraussetzung Vollmacht erteilen würde, sondern ob sie dem Manne jene tatsächlich erteilt hat. Welchen Inhalt soll nun diese unterstellte Vollmacht haben? Gewiß kann sie nicht eine Generalvollmacht sein, denn zur Annahme einer solchen fehlt jeder Anhalt — also nur eine Vollmacht, beim Grundbuchamt für die Frau zu beantragen, daß die Frau als Miteigentümerin eines vom Manne zu erwerbenden Grundstücks oder unbestimmter vom Manne zu erwerbender Grundstücke eingetragen werde. Aber die Annahme einer solchen tatsächlich, wenn auch stillschweigend erteilten Vollmacht setzt doch vor allem anderen voraus, daß die Frau von der Absicht des Mannes, bestimmte Grundstücke oder irgendwelche Grundstücke zu erwerben, Kenntnis habe, oder sich diese Absicht mindestens als möglich vorstelle. Wenn die Frau keine Ahnung davon hat, daß der Mann Grundstücke erwerben wolle, wie sollte ihr tatsächlicher Wille darauf gerichtet sein, ihren Mann zum Antrag auf Eintragung ihres Miteigentums zu bevollmächtigen? Keine Erfahrung des täglichen Lebens spricht nun aber dafür, daß die Frau, deren Mann Grundstücke erwirbt, solche Kenntnis immer oder auch nur regelmäßig habe.

Unterstellt man indessen, daß sie davon Kenntnis habe, woraus ist zu schließen, daß sie in diesem Falle den Vollmachtswillen habe? Das Oberste Landesgericht sagt, weil das ganze Interesse der Frau auf Eintragung ihres Miteigentums gehe. Aber entscheidend ist doch nicht die objektive Sachlage, sondern die Kenntnis der Frau hievon. Erst wenn diese zu bejahen ist, kann man allenfalls sagen, daß die Frau den Vollmachtswillen habe. Wer aber möchte behaupten, daß jede Frau ohne weiteres einen richtigen Einblick in die Rechtslage habe, die durch die Eintragung ihres Miteigentums im Grundbuch geschaffen wird? Um diese Rechtslage überblicken zu können, dazu gehört schon ein tüchtiger Jurist; selbst der Verfasser der Motive zum BGB. hat sie laut der hier besprochenen Entscheidung nicht völlig überschaut — wie sollte man das von einer Frau ohne weiteres voraussetzen dürfen? Und selbst wenn man diese Einsicht unterstellen wollte, so lehrt doch die Erfahrung des

täglichen Lebens und insbesondere das Rechtsleben, daß sich die Menschen sehr häufig keineswegs von Gründen der Zweckmäßigkeit und Vernunft bestimmen lassen, sondern daß sie vielfach — vielleicht sogar öfter — unzweckmäßig und unvernünftig handeln. Und sodann lehrt die Erfahrung, daß sich die Menschen auch dann, wenn sie der letztere Vorwurf durchaus nicht trifft, nicht ausschließlich durch Gründe bestimmen lassen, die der Rechtslage entnommen sind, sondern vielmehr auch durch rechtsfremde Beweggründe. Beispielsweise ist es in einem Falle wie dem hier in Frage stehenden sehr wohl möglich, daß eine Frau, obwohl sie einen durchaus richtigen Einblick in die Rechtsfolgen der Eintragung ihres Miteigentums im Grundbuch hat, diese doch aus durchaus vernünftigen Gründen nicht will, z. B. weil sie nicht wissen lassen will, daß sie mit ihrem Manne in Gütergemeinschaft lebe, und befürchtet, daß das durch die Eintragung ihres Miteigentums im Grundbuch bekannt werde. Man kann selbstverständlich hiegegen nicht einwenden, daß derartige rechtsfremde Interessen nicht schutzwürdig sind; denn selbst zugegeben, daß das der Fall wäre, obwohl es sich allgemein und im vorhinein sicher nicht sagen läßt, so kommt es nicht auf die Schutzwürdigkeit der von der Frau ins Auge gefaßten Interessen, sondern ausschließlich darauf an, ob die Frau den Willen der Bevollmächtigung hat oder nicht; die Frage des Beweggrundes spielt hier gar keine Rolle.

Richtig und durch die Erfahrung des täglichen Lebens bestätigt ist nun allerdings, daß die Frauen in der erdrückenden Mehrzahl der Fälle ihrer Eintragung als Miteigentümerin im Grundbuch nachträglich zustimmen. Aber aus dieser feststehendermaßen **nach erlangter Kenntnis der Rechtsänderung** erfolgten Zustimmung folgt doch nicht die Vollmachtserteilung für eine Handlung, die erst in der Zukunft vorgenommen werden soll und von der gar nicht feststeht, daß der Frau ihr Bevorstehen bekannt war. Auch läßt sich sehr wohl denken, daß die Frau gegen den Erwerb gewesen ist und deshalb durchaus nicht gewillt war, ihre Zustimmung zur Eintragung ihres Miteigentums zu erteilen und daß sie erst nach dem Erwerb dahin belehrt worden ist, daß ihr Widerstand nutzlos sei. Es kann also daraus, daß die Frauen nachträglich, wenn persönlich gehört, ganz regelmäßig zustimmen, für die vorliegende Frage nichts geschlossen werden.

Endlich noch eins: Es ist ein Grundsatz des Rechts, daß der Wille für sich allein nichts bedeutet, sondern nur der nach außen **kundgegebene** Wille. Aus welchen Tatsachen oder Erfahrungssätzen will man nun aber für Fälle der vorliegenden Art allgemein ableiten, daß die Frau den etwa vorhandenen inneren Willen in einer für das Rechtsleben ausreichenden Weise **kundgegeben** habe? Auch zu dieser Annahme wird wiederum gehören, daß die Frau wenigstens eine Vorstellung von dem Vorhaben ihres Mannes gehabt und daß sie daraufhin ihrem Willen, daß er sie in der fraglichen Richtung vertrete, in irgendeiner Weise schlüssigen Ausdruck gegeben hat. Für das eine wie für das andere dürfte der Anhalt fehlen.

Rechtspflege und Irrenfürsorge.

Von Dr. **Gustav Kolb**, Direktor der Heil- und Pflegeanstalt Erlangen.

Die Psychiatrie ist eine junge Wissenschaft. Weit länger als die übrigen medizinischen Disziplinen hat sie unter dem Drucke philosophisch-spekulativer Betrachtungsweise zu leiden gehabt; erst seit wenigen Jahrzehnten hat die exakte psychologische Forschung, hat die pathologische Anatomie und haben die Fortschritte der Serologie wirklich wissenschaftliches Arbeiten ermöglicht.

Die Psychiatrie hat die Fehler und die Vorzüge dieser Jugend: ein rasches Fortschreiten, eine starke Schaffenskraft sind die Vorzüge, aus ihnen ergeben sich die Nachteile eines raschen Wechsels der Anschauungen und einer gewissen Unübersichtlichkeit; wer außerhalb der Wissenschaft steht — besonders der Richter —, wird diese Nachteile um so mehr empfinden, als naturgemäß die einzelnen Psychiater diesen Fortschritten nicht gleichmäßig folgen, sondern der eine langsamer, der andere rascher. Er wird sie um so schwerer empfinden, als fast jede psychiatrische Schule ihre eigene verwickelte Namengebung hat, ja zuweilen mit gleichen Namen Vorgänge bezeichnet, die von den verschiedenen Schulen als wesensverschieden aufgefaßt werden. Unter Paranoia versteht die Münchner Schule z. B. etwas ganz anderes als die frühere Göttinger und Berliner Schule.

In praktischer Hinsicht bemerken wir eine rasch fortschreitende Entwicklung der Irrenfürsorge, eine rasche, in weiten Kreisen als beängstigend empfundene Zunahme der Zahl der in Irrenanstalten verpflegten Kranken, eine Zunahme, die wesentlich rascher erfolgt, als die Zunahme der Bevölkerung.[1])

Dieses rasche Anwachsen der Krankenziffer hat im wesentlichen 4 Gründe:

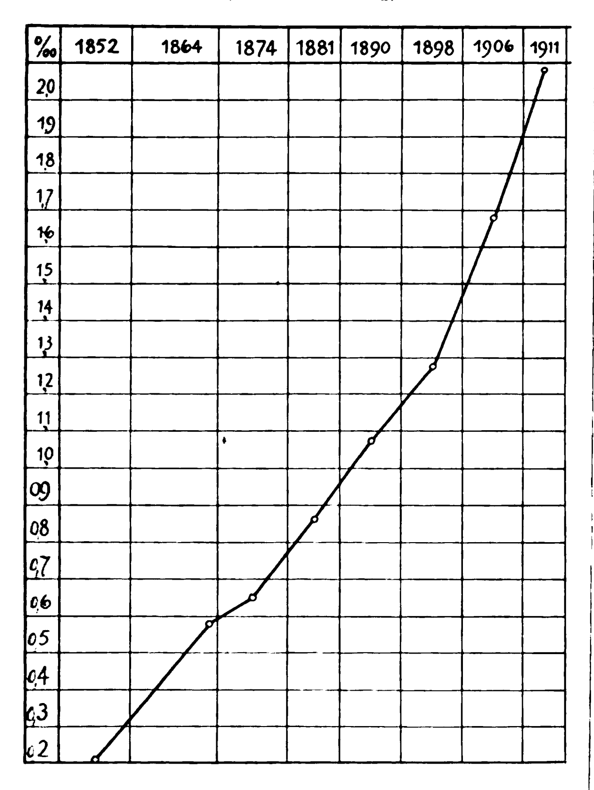
1. Die Geisteskrankheiten nehmen etwas zu. Diese Zunahme ist im wesentlichen bedingt durch das zunehmende Zusammenströmen der Bevölkerung in Großstädten (Lues, Alkohol, Wohnungsnot, Erwerbstätigkeit der Frau)[2]), durch den zunehmenden Uebergang von der psychiatrisch gesunden landwirtschaftlichen Tätigkeit zur Industrie.

---

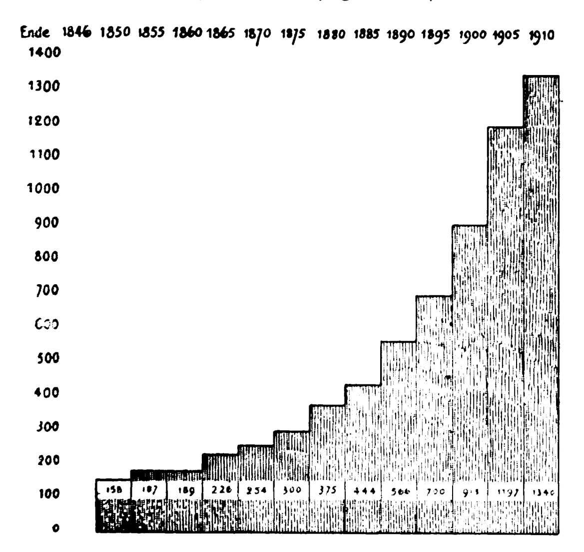
[1]) Siehe dazu die Tafel I (Bayern) und die Tafel II (Mittelfranken) Seite 83.

[2]) Der Prozentsatz der Erwerbstätigen ist von 1882 bis 1907 von 35 % auf 39.7 % gestiegen — im wesentlichen durch die zunehmende Erwerbstätigkeit der Frau.

Tafel I. Zunahme der in bayerischen Irrenanstalten verpflegten Geisteskranken (auf je 1000 Einw. der Gesamtbevölkerung).



Tafel II. Die Zunahme der in den mittelfränkischen Kreisirrenanstalten verpflegten Geisteskranken.



2. Die Lebensdauer der Geisteskranken und Minderwertigen wird durch die neuzeitliche Irrenfürsorge, durch die neuzeitliche soziale Gesetzgebung verlängert.

3. Der Hauptgrund ist, daß in zunehmendem Maße auch leichtere Fälle unseren Anstalten zugeführt werden, da der neuzeitliche Verkehr, die zunehmende Bevölkerungsdichtigkeit, die verwickelteren Daseinsbedingungen, die erhöhten Anforderungen an die geistigen Fähigkeiten, der erschwerte Kampf ums Dasein auch jene geistig nicht normalen Menschen immer häufiger den Anstalten zuführen, die früher außerhalb der Anstalten gehalten werden konnten.

4. Der vierte Grund ist darin zu suchen, daß der zunehmende Wohlstand gestattet, die erforderliche Anzahl von Anstaltsplätzen bereit zu stellen.

Daß diese Gründe die maßgebenden sind, lehrt ein Blick auf die gegenwärtige Entwicklung der Irrenfürsorge in den verschiedenen Ländern — die Entwicklung der Irrenfürsorge geht im wesentlichen parallel mit jenen oben angegebenen Erscheinungen.[3])

Ein Blick auf die Tafel III macht klar, daß sich aus diesen Verhältnissen wichtige Folgen für die Rechtspflege ergeben müssen: Nehmen wir an, die Psychiater in Galizien, wo auf etwa 2000 Einwohner ein Anstaltsplatz trifft, wollten nach denselben Gesichtspunkten exkulpieren, wie ein Arzt in London, wo auf 186 Einwohner ein Anstaltsplatz vorhanden ist. Die Folge wäre, daß in einem Jahre ebensoviele Rechtsbrecher exkulpiert würden, als es in Galizien Plätze in Irrenanstalten gibt. Entweder müßte man alle Exkulpierten laufen lassen — oder man müßte nur ihretwegen neue Anstalten bauen. Dann aber würde sich die unnatürliche, allem Rechtsempfinden Hohn sprechende Folge ergeben, daß der Verbrecher Irrenanstaltsbehandlung erhält, deren Segnungen vielen Tausenden ebenso der Behandlung bedürftigen, aber nicht verbrecherischen Geisteskranken vorenthalten werden, d. h. der verbrecherische Geisteskranke oder Minderwertige würde nur auf Grund seines ungesetzlichen Handelns eine Vorzugsstellung gegenüber dem nicht verbrecherischen Leidensgenossen erhalten.

Wir haben damit ein wichtiges Gesetz erkannt: Die forensisch-psychiatrische Beurteilung der Rechtsbrecher ist bis zu einem gewissen Grade abhängig von dem Stande der Irrenfürsorge des Landes.

Daß den Anstalten in zunehmendem Maße auch leichtere Fälle zugehen, lehrt die Durchsicht der Grundbücher unserer Anstalten; in der 1846 eröffneten Anstalt Erlangen findet sich

1884 zum 1. Male Neurasthenie,
1891 zum 1. Male Hysterisches Irresein,
1898 zum 1. Male Degeneratives Irresein,
1900 zum 1. Male Alkoholismus chronicus

als Diagnose.

Die gleiche Folgerung ergibt sich aus der Tatsache, daß die durchschnittliche Dauer des Aufenthaltes eines in unsere Anstalten aufgenommenen Kranken langsam abnimmt — die in größerer Anzahl zugehenden leichter Kranken können im Durchschnitt nach einer kürzeren Behandlungsdauer entlassen werden.

---

[3]) S. Tafel III (Seite 84).

Tafel III. Auf je 1000 Einwohner treffen Geisteskranke in Irrenanstalten

‰	Deutsches Reich 1911					Schweiz 1911			Österreich 1911			New York	Portugal	Italien 1899	Rumänien	Rußland 1900	Irland 1906	Schottland 1911	England 1906	London 1906	‰
	2,23	3,62 Hamburg	2,9 Baden	2,02 Bayern	1,5	3,27	4,29 Zürich	1,7	1,01	2,34	0,23	3,52	0,2	1,14	0,218	0,465	5,32	3,14	3,53	5,41	
	0,52	1,95	0,63																		

Skala: 0,2 – 6,0 ‰

Zur Tafel III: In den Rubriken „Deutsches Reich“, „Schweiz“, „Oesterreich“ stellt die erste Spalte die Durchschnittsziffer für das ganze Gebiet dar.

Dieser Zugang auch von leichteren Kranken, ebenso wie die allmählich fortschreitende Ansammlung von gebesserten, beruhigten, aber lebensuntüchtig gewordenen Kranken mußte allmählich eine Hebung des durchschnittlichen geistigen Standes der Kranken zur Folge haben. Das mußte zunächst die bauliche Entwicklung unserer Irrenanstalten beeinflussen — an Stelle der alten, durch Mauern und Gitter verwahrten, gefängnisähnlichen Anstalt trat fast überall die moderne Irrenanstalt: freundliche Einzelgebäude, meist ohne Gitter, mit großem Arbeitsbetrieb, mit der Möglichkeit großer Bewegungsfreiheit — an Stelle des mechanischen Zwanges ist Arbeit, individuelle Behandlung, Bewegungsfreiheit, Gewöhnung an Recht und Sitte getreten.

In Eglfing und Haar haben Vocke und Neithardt technisch, ästhetisch und in ihren Einzelanlagen psychiatrisch vorbildliche Anstalten geschaffen; unter der Leitung von Kundt und Haug ist eine schöne Anstalt in Mainkofen entstanden, unter der Leitung Prinzings in Günzburg im Entstehen begriffen, Homburg, Lohr, Wöllershof, Kutzenberg, Ansbach, Gabersee sind in diesem Sinne erbaut. Dank einer ziel-

bewußten Führung hat sich unsere bayrische Irrenfürsorge in den letzten Jahren in erfreulichster Weise entwickelt.

Für unser Verhältnis zur Rechtspflege mußten sich aus alledem wesentliche Veränderungen ergeben:

Während früher nur ein verschwindend kleiner Bruchteil der Insassen einen Geisteszustand aufwies, der sie noch fähig der freien Willensbestimmung erscheinen ließ, ist der Prozentsatz dieser Kranken in rasch fortschreitender Zunahme begriffen; während die Kranken früher peinlich hinter Schloß und Riegel verwahrt wurden, trat ein zunehmend großer Prozentsatz in Berührung mit der Außenwelt. Es gibt Anstalten, die 50 bis 60% ihrer Kranken vollkommene Bewegungsfreiheit in dem ja meist mehrere 100 Tagwerk großen Anstaltsgebiet, 10 bis 20% der Insassen auch außerhalb des Anstaltsgebietes mit oder ohne Begleitung gestatten.[4])

Während früher unsere Rechtspflege an der Schwelle der Irrenanstalt gewissermaßen Halt machen konnte, ist diese Schranke gefallen. Jedem Kranken, der nicht vollständig der freien Willensbestimmung beraubt ist, steht der Weg zum Richter, zum Rechtsanwalt offen.

Die Vorteile, die unseren Anstalten aus diesem Verkehre erwachsen, können gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Unser Personal, an dessen Geduld und Hingebung ja oft fast unerträgliche Anforderungen gestellt werden, fühlt sich stets unter der Aufsicht des Gesetzes, unsere Kranken werden daran gewöhnt, nicht den Weg roher Gewalt, sondern den des Rechtes zu gehen; sie fühlen, daß sie nicht mehr außerhalb des Kreises der Gesetze, sondern daß sie unter dem Schutze des Gesetzes stehen, dafür aber auch der strafenden Hand des Gesetzes nicht unter allen Umständen entzogen sind.

Dieser wachsende Zugang auch von leichten Kranken war ebenso die Ursache als der Ausdruck einer Erscheinung, die für das Verhältnis zwischen Rechtspflege und Psychiatrie von größter Bedeutung war. Die Auffassung des Begriffes „Geisteskrankheit" ist in den letzten Jahrzehnten im Volksbewußtsein eine verfeinerte geworden; breite Schichten wissen, daß man nicht tobsüchtig zu sein braucht, um in eine Irrenanstalt zu kommen, wissen, daß unsinniges Benehmen nicht in allen Fällen von Geisteskrankheit dauernd sofort erkennbar in die Erscheinung tritt. Bis in breite Schichten ist die Erkenntnis gedrungen, daß es geistige Störungen gibt, welche die geistige Gemeinschaft zwischen Ehegatten mehr trennen als der geistige und leibliche Tod.

Es lag nahe, daß sich damit auch eine verfeinerte Auffassung des juristischen Begriffes der Ausschließung der freien Willensbestimmung, der geistigen Gemeinschaft, der Unfähigkeit zur Besorgung der Angelegenheiten usw. anbahnen mußte. Diese verfeinerte Auffassung kam zum Ausdruck in der Gesetzgebung[5]), in der Rechtsprechung[6]), in der Zunahme der Fälle, in denen das Vorliegen eines zweifelhaften Geisteszustandes erkannt und die psychiatrische Begutachtung angeordnet wurde.[7])

Diese verfeinerte Auffassung entspricht einer fortschreitenden Entwicklung unseres ganzen Volkslebens und ist von uns allen, besonders von den Psychiatern aufs Freudigste begrüßt und gefördert worden.

Auch unsere Wissenschaft hat aus der Beobachtung der unseren Anstalten allmählich zugehenden leichteren Störungen eine Fülle von Erfahrungen und Fortschritten geschöpft — neben den schon lange bekannten, wenn auch meist anders benannten schweren Geisteskrankheiten gelang es, wesensgleiche Züge auch unter den leichten Störungen zu finden und sie zu klinischen Krankheitsgruppen zusammenzufassen. Die verfeinerten Untersuchungsmethoden gestatteten uns den Nachweis auch leichterer Störungen; sie gestatteten den strengen Nachweis, daß der Rausch, wissenschaftlich gesprochen, eine vorübergehende Geisteskrankheit ist, die in der Regel erhebliche Störungen mit sich bringt; sie gestatteten den Nachweis der pathologischen Erscheinungen bei dauerndem Alkoholgenuß.

Und darin, daß etwa zu gleicher Zeit das Volksbewußtsein eine verfeinerte Auslegung der *richterlichen* Voraussetzung des Begriffes der freien Willensbestimmung und die Wissenschaft eine beträchtliche Erweiterung des *wissenschaftlichen* Begriffes der Geisteskrankheit brachten, lag eine gewisse Gefahr; die Gefahr, daß nicht nur der Richter den Begriff des Ausschlusses der freien Willensbestimmung, sondern auch der Psychiater den Begriff der Geisteskrankheit, der krankhaften Störung der Geistestätigkeit wesentlich weiter faßt, so daß der gleiche Gedanke doppelt zur Wirkung gelangt.

Es lag für den Psychiater ja nahe, die leichteren, klinisch als Krankheit gut abgegrenzten Zustände auch forensisch als Geisteskrankheiten zu bezeichnen, ja sogar schließlich aus der bloßen Tatsache des Nachweises pathologischer Züge den Ausschluß der freien Willensbestimmung zu folgern.

Die überwältigende Mehrzahl der Psychiater hat die darin liegende Gefahr rasch erkannt und bald vermieden.

---

[4]) Ich habe kürzlich einen Herrn, der seit über 4 Jahren in der Anstalt ist, in Begleitung eines Pflegers nach München reisen lassen, um eine kleine, von ihm in der Anstalt gemachte Erfindung auszunützen. — An einem Gartenfest in dem 1/2 Stunde von der Anstalt Erlangen entfernten Sieglitzhof konnten 300 Kranke = über 1/3 (36%) der Geisteskranken der Anstalt Erlangen teilnehmen. — 16% der Verpflegten dürfen Spaziergänge außerhalb der Anstalt unternehmen.

[5]) Ich erinnere an die Einführung der Entmündigung wegen Geistesschwäche.

[6]) Ich erinnere an die erweiterte Ausdehnung des Begriffes der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

[7]) Ich erinnere daran, daß in Preußen in den Jahren 1904 und 1905 durchschnittlich 457, in den Jahren 1906 mit 1908 dagegen durchschnittlich 576 Fälle zweifelhaften Geisteszustandes zur Beobachtung einer Irrenanstalt zugewiesen wurden.



Wir wurden dabei von folgenden Erwägungen geleitet:

1. Gesetzgeber und Rechtsprechung haben den Kreis der Zustände begrenzt, die wir als krankhafte Störung der Geistestätigkeit bezeichnen dürfen.

2. Die Zahl der Geisteskranken und psychopathisch minderwertigen Personen ist sehr groß; wir dürfen annehmen, daß in unseren Kulturländern auf mindestens 200 Menschen ein Geisteskranker im engeren Sinne des Wortes, auf mindestens 20 Personen eine geisteskranke oder psychopathisch minderwertige Persönlichkeit trifft. London hatte 1906 auf 185 Einwohner, Irland 1906 auf 188 Einwohner je einen anstaltsverpflegten Geisteskranken. Der Kanton Zürich hatte 1911 je einen anstaltsverpflegten Geisteskranken auf 233, Hamburg 1911 je einen auf 276, England 1906 je einen auf 287 Einwohner.[8])

Zu diesen Geisteskranken kommen die geistig abnormen Minderwertigen; wir werden uns ihre Zahl am besten klar machen, wenn wir von der Kindheit ausgehen: Wir haben da

a) die leicht Schwachsinnigen, die in den Städten unsere Hilfsklassen bevölkern. Ihre Zahl ist mindestens auf 1 zu 100 zu schätzen. Sie bilden einen Teil der

b) geistig nicht normalen Kinder, deren Koller im Kanton Appenzell auf je 23 Kinder eines nachweisen konnte. Zu diesen geistig nicht normalen Kindern kommen im späteren Lebensalter hinzu

c) die Epileptiker, soweit die Krankheit nach dem Kindesalter beginnt oder offenbar wird und nicht zur Anstaltsbehandlung führt;

d) die zahlreichen, nicht in Anstalten befindlichen Trinker,[9]) Berauschten und die Menschen mit pathologischer Alkoholreaktion;

e) die große Zahl der aus den Anstalten mit leichtem Defekt Entlassenen und derer, die früher leichte Störungen ohne Anstaltsbehandlung durchmachten;[10])

f) die große Zahl der durch Greisenalter oder Gefäßveränderungen (Schlaganfall) psychisch Geschwächten, die nicht in Irrenanstalten gelangen;

g) die psychopathisch Minderwertigen, soweit deren Störung im wesentlichen erst nach Abschluß der Schulzeit hervortritt;

h) die in Anstalten untergebrachten Geisteskranken, Epileptiker, Schwachsinnigen, Trinker.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Mehrzahl der später Hinzukommenden aus den Kreisen der nicht normalen Kinder hervorgehen wird und daß bei den älteren Schulkindern (unter dem Einflusse der Geschlechtsreife) eine möglicherweise später in einzelnen Fällen zurücktretende psychopathische Minderwertigkeit hervortreten kann.

---

[8]) Siehe dazu die Tafel III (S. 84).

[9]) In Deutschland mindestens 400 000, darunter 20 000 weibliche; auf etwa 40 Männer 1 Trinker.

[10]) Ich erinnere an die Fieberdelirien, Alkoholdelirien, leichte Störungen im Wochenbett.

Sichere Angaben über die Prozentzahl der Minderwertigen, gewonnen durch eine gleichmäßige Durchmusterung der Bevölkerung, besitzen wir nicht, immerhin konnte Cramer nachweisen, daß sich in Göttingen unter 1000 Studierenden 80 geistig Minderwertige befanden, d. h. auf 13 Studierende 1 geistig Minderwertiger. Diese Prozentziffer gibt nur die Minderwertigen wieder, die selbst die Sprechstunde Cramers aufsuchten, vernachlässigt die Zahl derer, welche andere Aerzte zu Rate zogen oder nicht zum Arzt gingen.

Bei der Würdigung dieser Ziffer ist zu berücksichtigen, daß die leichten Schwachsinnszustände wohl schon ausgeschaltet sind. Nach Büttner erreichen durchschnittlich nur 20 % der ins Gymnasium Eingetretenen ihr Ziel. Es ist ferner zu berücksichtigen, daß es sich bei den Studenten überwiegend um Elemente handelt, die einer Anzahl von Schädlichkeiten weniger ausgesetzt sind, als der Durchschnitt der Bevölkerung. Andererseits ist die Nachwirkung der Geschlechtsreife und die Gefahr der vorwiegend einseitig geistigen Betätigung zu würdigen.

Gegen eine zu weit gehende Ausdehnung der Exkulpierung sprach ferner der Umstand, daß

3. die Kriminalität der geistig abnormen Persönlichkeiten ganz wesentlich höher ist, als dem Durchschnitte der Bevölkerung entsprechen würde. Nach Mönckemöller litten von 200 noch nicht 25 Jahre alten Zöglingen der Erziehungsanstalt Lichtenberg bei Berlin mehr als die Hälfte an angeborenem Schwachsinn.[11])

Cramer konnte unter 286 Zöglingen von 4 hannoverschen Fürsorgeerziehungsanstalten 63 % geistig Abnorme; Rizor unter 789 Fürsorgezöglingen Westfalens 69 % Schwachsinnige; Knecht unter 172 männlichen Fürsorgezöglingen in Pommern 43 %, unter 73 weiblichen 66 % geistig Minderwertige; Kluge 45—50 % defekte und abnorme Zöglinge; Thoma bei 620 badischen Zöglingen 51,9 % geistig Abnorme nachweisen.

Von 1793 entlassenen Fürsorgezöglingen der Provinz Sachsen haben sich nur 58 % der männlichen, 79,4 % der weiblichen seit 2 Jahren straffrei gehalten. Ende 1908 befanden sich von den in Fürsorgeerziehung befindlichen Jugendlichen in Preußen 9,3 ‰ im Strafvollzug; von der Bevölkerung durchschnittlich 1,3 ‰ = d. h. Fürsorgezöglinge etwa 7 mal mehr als dem Bevölkerungs-Durchschnitt entspricht.

Von 8008 i. J. 1909 der Fürsorgeerziehung in Preußen überwiesenen Zöglingen waren 28,9 % bestraft, 21,1 % mit Gefängnis bestraft. Für Berlin entfällt auf 296 Minderjährige zwischen 14 und 18 Jahren bereits ein Fürsorgezögling.

Bonhoeffer konnte unter 404 **Vagabunden** ein Drittel und unter ca. 190 **Prostituierten** fast ein Drittel allein an Schwachsinnigen nachweisen. Unter den 190 von Bonhoeffer untersuchten Prosti-

---

[11]) Siehe zum Folgenden Tafel IV (Seite 87).



Tafel IV. Prozente der Abnormen unter der Bevölkerung, den Fürsorgezöglingen, den Prostituierten und in Anstalten.

% Geistig abnorm.
Fürsorgezöglinge
Hannover
Westfalen
Pommern
Baden
Prostituierte
Bonhöffer
Müller
Sichel
Insaßen der Landesarmen- und Corrigenden-Anstalten Brandenburgs
100 %
95
90
85
80
75
70
65
60
55
50 %
45
40
35
30
25
20
15
10
5
0
5%
63%
69%
68%
80%
59,2%

tuierten waren 68 % geistig nicht normal; Müller-Köln fand 80 % Minderwertige; Sichel-Frankfurt fand unter 152 Prostituierten 71,7 % Personen anomalen Geisteszustandes. Andererseits fand Thomsen in England unter 943 Gefangenen nicht weniger als 218 = 23,1 % Fälle allein von angeborenem Schwachsinn.

Unter den 3134 Büßern, welche in den Jahren 1902 mit 1905 durchschnittlich in preußischen Zuchthäusern untergebracht waren, befanden sich allein durchschnittlich 768 = 24,7 % Gewohnheitstrinker und zwar bemerkenswerterweise bei den Männern 24,4 %, bei den Frauen 24,5 %, während im Bevölkerungsdurchschnitt der Prozentsatz der weiblichen Trinker weit hinter dem der Männer zurückbleibt.

Nach Sichard fanden sich unter seinen Zuchthaussträflingen allein 29,5 % Gewohnheitstrinker und zwar unter den Brandstiftern 34 %, unter den Sittlichkeitsverbrechern 36 %. Eine Durchmusterung der Häftlinge der 3 brandenburgischen Landesarmen- und Korrigendenanstalten ergab unter 658 Häftlingen 42 Imbezille, 225 Trinker, 140 Geisteskranke, 189 = 28,7 % ausgesprochen geisteskranke, 201 = 30,5 % psychopathisch minderwertige, insgesamt 59,2 % geistig defekte Häftlinge.

Nach Siemerling finden sich unter den verbrecherischen Personen Geisteskranke 10 mal so häufig als im Bevölkerungsdurchschnitt.

Nehmen wir das gleiche Verhältnis auch für die geistig Minderwertigen an, so würde auf 20 Rechtsbrecher ein Geisteskranker, auf 2 ein geistig Minderwertiger treffen.

Bonhoeffer und Aschaffenburg nehmen an, daß sich unter den Rückfälligen 75 % Minderwertige befinden — nach unseren Ausführungen ist diese Ziffer sicher nicht zu hoch, sie ist vielleicht noch zu nieder gegriffen.

Wir sehen also, daß in den Kreisen, aus denen erfahrungsgemäß die meisten Rechtsbrecher hervorgehen, die geistigen Defektzustände auffallend stark vertreten sind und wir sehen, daß sich unter den Bestraften ein sehr hoher Prozentsatz mit Defektzuständen befindet.

Die große Kriminalität der Berauschten ist ja allgemein bekannt, ich darf vielleicht nur daran erinnern, daß in Bayern über 11 % aller Verurteilungen wegen Verbrechen und Vergehen auf Grund von strafbaren Handlungen erfolgen, die im Zustande der Trunkenheit begangen wurden; ich darf erinnern, daß in Bayern von den Verurteilungen wegen schwerer Körperverletzung und Körperverletzung mit Todesfolge ²/₃, von den Verurteilungen wegen Religionsvergehen und wegen Widerstand die Hälfte, wegen Sachbeschädigung und gefährlicher Körperverletzung etwa ¹/₃ wegen Handlungen im Zustande der Trunkenheit erfolgte.[12])

Ich darf daran erinnern, daß von 249 Gefangenen, die 1906 im pommerschen Zentralgefängnis Gollnow untergebracht waren, 170 = 68,3 % ihre Tat in der Trunkenheit oder infolge der Trunksucht verübten.

Alle die oben erwähnten Zustände, insbesondere auch den Rausch kann man als Geisteskrankheit

[12]) Aus den Veröffentlichungen der bayerischen Justizstatistik für 1911 und 1912 ergibt sich folgende Uebersicht:

Verurteilungen im Jahre 1911	Zahl	Von den strafbaren Handlungen waren Folge des Alkoholgenusses
überhaupt	76062	8571
wegen gefährlicher Körperverletzung	14123	3303
wegen Religionsvergehen	71	32
wegen Widerstands u. dgl.	1491	609
wegen Sachbeschädigung	2269	651

Dabei ist zu berücksichtigen, daß diese Statistik sich auf die Fälle beschränkt, in denen der Einfluß des Alkoholgenusses auf die strafbare Handlung im Urteil festgestellt wurde. Daneben kommen natürlich zahlreiche Fälle vor, bei denen dieser Einfluß nicht mit Sicherheit ermittelt werden konnte.

im weitesten wissenschaftlichen Sinn des Wortes bezeichnen; wissenschaftlich gesprochen kann man bei ihnen fast durchgehends die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung im weitesten Sinne des Wortes unter den Umständen, unter denen strafbare Handlungen vor sich gehen, zum mindesten nicht beweisen.

Würden wir diesen wissenschaftlichen Standpunkt für die Rechtsprechung annehmen, so würden die gewohnheitsmäßigen Rechtsbrecher bald fast ausnahmslos, die übrigen zu einem erheblichen Prozentsatz zu exkulpieren sein. Praktisch würde eine solche allgemeine Exkulpierung kaum andere Folgen haben, als daß an Stelle der Strafe eine sichernde Verwahrung treten müßte, die Strafanstalten vielleicht einen anderen Namen erhalten würden, im übrigen aber nach wie vor die Rechtsbrecher aufnehmen müßten.

Wir modernen Psychiater wünschen naturgemäß auch den zahlreichen anomalen Rechtsbrechern zu helfen, wir sehen aber den einzig möglichen Weg zu dieser Hilfe nicht in der allgemeinen Exkulpierung, sondern in der besonderen Berücksichtigung im Strafvollzug. Und damit glauben wir der Allgemeinheit wie den pathologischen Verbrechern zu dienen: der Allgemeinheit, indem wir den tief im Volksbewußtsein wurzelnden Sühnegedanken nicht antasten, den Rechtsbrechern, indem wir ihnen in der Regel die zeitlich begrenzte Strafe an Stelle der sonst zu erwartenden unabsehbaren Verwahrung erhalten.

Wir meinen, man muß sich doch stets fragen: Würden denn unsere psychiatrisch geleiteten Anstalten genügen, um in ihnen allen in jenem Umfange exkulpierten Rechtsbrechern eine Heilerziehung, eine Heilbehandlung zuteil werden zu lassen?

Und da müssen wir sagen: Unsere Irrenfürsorge ist im Vergleich zu England, Schottland, Irland noch quantitativ so wenig entwickelt, daß wir auf Jahrzehnte hinaus nicht daran denken können, in großem Umfange exkulpierte Rechtsbrecher aufzunehmen.

Wenn wir in Deutschland die quantitative Anstaltsfürsorge Englands von 1906 erreichen wollen, müssen wir in Deutschland 80000 neue Anstaltsplätze zu den vorhandenen 133000 hinzu bereitstellen; das bedeutet, 1 Krankenbett zu 6000 M angenommen, rund 500 Millionen Mark für Bau allein, die nur allmählich, im Laufe längerer Jahre bereitgestellt werden können.

Man muß sich weiter fragen, ob wir von einer Irrenanstaltsbehandlung aller anomalen Rechtsbrecher eine wesentlich größere Besserungswahrscheinlichkeit in krimineller, eine erheblich bessere Heilungsmöglichkeit in medizinischer Hinsicht zu erwarten haben würden, als durch den Strafvollzug?

Auch diese Frage ist — abgesehen von den Jugendlichen — im allgemeinen zu verneinen. In dem Alter, in dem die anomalen Verbrecher gewöhnlich stehen, kann die Anstaltsbehandlung verhältnismäßig selten mehr leisten als der neuzeitliche, ärztlich beratene Strafvollzug, zumal die trotz aller Mahnungen immer zunehmende Größe unserer Irrenanstalten eine individuelle Behandlung erschwert. Uneingeschränkt zuzugeben ist, daß ein rücksichtslos und nur unter dem Gesichtswinkel des Vergeltungsgrundsatzes geleiteter Strafvollzug für viele psychopathisch Minderwertige erhebliche Gefahren in sich bergen würde.

Andererseits birgt auch die Irrenanstaltsbehandlung für viele psychopathisch Minderwertige Gefahren und Nachteile in sich. So, wie die Kranken unserer Irrenanstalten jetzt beschaffen sind und auch auf Jahrzehnte hinaus noch sein werden, stehen die anomalen Verbrecher sehr häufig geistig weit über unseren übrigen Anstaltsinsassen; dadurch erlangen sie — die im Leben sich aus eigener Kraft in der Regel kaum zu halten vermögen — in der Anstalt eine gewisse beherrschende Stellung, da unter Blinden der Einäugige König ist. Der Krankenhauscharakter unserer Anstalten bringt es mit sich, daß Beleidigungen, Angriffe durch Irrenanstaltsinsassen gegen Behörden, Aerzte, Angestellte meist ohne Gegenwehr hingenommen, vorgebrachte Beschwerden stets verfolgt, die Wünsche, schon um des lieben Friedens willen, nach Möglichkeit erfüllt und die Rechtsbrecher so in bezug auf Unterkunft, Verköstigung, Vergnügungen, Behandlung, Erfüllung ihrer Wünsche, gesellschaftliche Stellung, an Ansprüche gewöhnt werden, die sie zum Kampfe ums Dasein vollends untüchtig machen; ihr meist gehobenes Selbstgefühl, ihre vielfach vorhandenen querulatorischen Neigungen steigern sich, das Bewußtsein der sicheren Straflosigkeit läßt die Hemmungen gegen verbrecherische Antriebe schwinden.

Dazu kommt: Da die Psychopathen ihre asozialen Neigungen auch in der Anstalt betätigen, zu Hetzereien, Komplotten, Fluchtversuchen neigen, können sie nicht alle dauernd entsprechend ihrem geistigen Zustand in den Abteilungen für leicht Erkrankte gehalten werden, die Verpflegung in den Abteilungen für schwer Kranke aber ist in der Regel, besonders in alten und überfüllten Anstalten, für Psychopathen weit schlechter als der Aufenthalt in einer nach neuzeitlichen Grundsätzen geleiteten Strafvollzugsanstalt. Zugegeben, daß der Psychopath im Strafvollzug manches sieht und hört, was nicht gut für ihn ist — in der Irrenanstalt wird das noch öfter der Fall sein. Endlich scheint es, daß gerade die unabsehbare und auch durch Wohlverhalten nicht sicher abkürzbare Dauer des Aufenthaltes in der Irrenanstalt für die psychopathischen Persönlichkeiten vielfach etwas stark Aufregendes hat und schlechter vertragen und schwerer empfunden wird, als eine zeitlich begrenzte Strafe.

Nur andeutungsweise will ich davon reden, daß in einzelnen Fällen der Wunsch nach Exkulpierung einen gewissen Willen zur Krankheit auslösen und so zur Entstehung von sog. Situationspsychosen mitwirken, d. h. einen eine echte Geisteskrankheit auslösenden Umstand bilden kann.

Schließlich darf ich nicht unerwähnt lassen, daß es für einen entlassenen Gefangenen zwar oft nicht

leicht, für einen aus der Irrenanstalt entlassenen Rechtsbrecher in der Regel aber noch sehr viel schwerer ist Arbeit zu finden, zumal da bei uns in Bayern wohl für entlassene Gefangene, nicht aber für entlassene Geisteskranke Fürsorgeeinrichtungen bestehen, zumal da wohl der Gefangene für seine Tätigkeit Lohn erhält und sich beim Austritt im Besitze einer wenn auch kleinen Summe sieht, nicht aber der Anstaltsinsasse.

Alles in allem müssen wir sagen: Für einen nicht kleinen Prozentsatz der minderwertigen Rechtsbrecher ist der Strafvollzug gut und heilsam.

Die Mehrzahl der Minderwertigen erträgt den Strafvollzug ohne Schaden. Ein Rest von Minderwertigen erträgt den Strafvollzug, wenn der pathologischen Veranlagung bei der Durchführung des Strafvollzuges Rechnung getragen wird.

Vereinzelte Psychopathen sind im Strafvollzuge nicht zu halten.

Der Entwurf zum StGB. hat den einzigen Weg eingeschlagen, der allen diesen Verhältnissen Rechnung trägt:

Er behält unter genauerer Fassung die bisherigen Voraussetzungen für die Unzurechnungsfähigkeit im wesentlichen bei, d. h. er erweitert den Kreis der zu Exkulpierenden im wesentlichen nicht unmittelbar, er erwähnt nur neben der krankhaften Störung der Geistestätigkeit ausdrücklich die Geistesschwäche, deren höhere Grade schon jetzt ja allgemein als krankhafte Störung der Geistestätigkeit aufgefaßt werden; er verlangt Einsicht oder freie Willensbestimmung als Voraussetzungen des schuldhaften Handelns. Damit aber, daß er die untere Altersgrenze für schuldhaftes Handeln auf 14 Jahre erhöht, gestattet er dem Richter und dem Psychiater den Begriff besonders der Geistesschwäche weiter zu fassen und er gestattet nach den Motiven zum Entwurf auch angeborene pathologische Veranlagung in größerem Umfange zu berücksichtigen.

„Nicht schuldhaft handelt, wer zur Zeit der Tat wegen Bewußtlosigkeit, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche unfähig ist, das Ungesetzliche der Tat einzusehen, oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen."

Als wichtigste Neuerung aber bringt der Entwurf die Anerkennung der geminderten Zurechnungsfähigkeit als obligatorischen Strafmilderungsgrund, wenn die Fähigkeit aus einem der medizinischen Gründe in hohem Maße vermindert war, außer bei selbstverschuldeter Trunkenheit.

Todesstrafe ist beim gemindert Zurechnungsfähigen ausgeschlossen. An ihre Stelle tritt Zuchthaus.

An Stelle des Zuchthauses kann Gefängnis treten. Es kann auf das gesetzliche Mindestmaß der Strafart herabgegangen werden. In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden. Strafverschärfungen sind unzulässig.

Bei der Vollstreckung von Freiheitsstrafen gegen gemindert Zurechnungsfähige ist deren Geisteszustand zu berücksichtigen. Wenn dieser es erfordert, sind die Gefangenen in besonderen Anstalten oder Abteilungen unterzubringen.

Es ist demnach die Bestrafung der geistig Minderwertigen beibehalten, aber es sind alle Vorkehrungen getroffen, die Möglichkeit einer Schädigung des Minderwertigen durch die Strafe auszuschließen.

Der großen und überaus unheilvollen Bedeutung, welche die Trunksucht und der Rausch für die Kriminalität haben, ist in einer Anzahl von Bestimmungen Rechnung getragen.

Selbstverschuldete Trunkenheit ist kein Strafmilderungsgrund. Damit ist die Möglichkeit abgeschnitten, sich mildernde Umstände anzutrinken. Ist die Trunkenheit so stark, daß wegen Bewußtlosigkeit die Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen werden muß, so entgeht der Täter trotzdem nicht einer Strafe.

Wer sich durch eigenes Verschulden in Trunkenheit versetzt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn er in der Trunkenheit ein Verbrechen begeht, wegen dessen er nicht bestraft werden kann.

Wer sich durch eigenes Verschulden in Trunkenheit versetzt, wird mit Haft oder Geldstrafe bis zu 500 *M* bestraft, wenn er in diesem Zustand ein Vergehen begeht.

Gegen den Täter kann, wenn er auch sonst Neigung zu Ausschweifungen im Trinken gezeigt hat, neben Verweis, Geldstrafe und Freiheitsstrafe von nicht mehr als 6 Monaten Wirtshausverbot für die Dauer von 3 Monaten bis zu einem Jahre erlassen werden. Gegen einen trunksüchtigen Täter, der die Tat in der Trunkenheit begangen hat, kann das Gericht neben einer Freiheitsstrafe auf Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt erkennen, wenn die Strafe erforderlich erscheint, um ihn an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen.

Mit dem Wirtshausverbot, das ja auf dem Lande immer eine gewisse Wirksamkeit haben wird, vor allem aber mit der Möglichkeit der Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt neben einer Freiheitsstrafe ist das Uebel an der Wurzel gefaßt — zur Strafe tritt die bessernde und heilende Maßnahme ergänzend hinzu.

Nach unseren Erfahrungen ist bei Trinkern im Durchschnitt ein Erfolg nach einjähriger Heilstättenbehandlung zu hoffen; ist nach zweijähriger Behandlung ein Erfolg noch nicht eingetreten, so ist er in der Regel nicht mehr zu erwarten.

Diesen Tatsachen trägt der Entwurf durch Beschränkung des Aufenthaltes in der Heilanstalt bis zur Erreichung des Zweckes der Maßnahme, höchstens aber auf die Dauer von 2 Jahren Rechnung.

Die Erfahrung hat gelehrt, daß der Trinker auch nach der Heilstättenbehandlung häufig rückfällig wird, wenn er nicht an seiner Umgebung



einen Rückhalt hat, wenn ihm nicht in der Furcht vor erneutem Einschreiten längere Zeit hindurch wirksame Hemmungen gesetzt werden. Dieser Tatsache trägt die Bestimmung Rechnung, daß bei einer Entlassung vor Ablauf von 2 Jahren besondere Verpflichtungen auferlegt, die Stellung unter Schutzaufsicht angeordnet, die Entlassung widerrufen werden kann, bis die 2 Jahre um sind. Statt Heilstättenbehandlung kann auch nur Schutzaufsicht verfügt werden.

Gehören die **Jugendlichen** auch streng genommen nicht zur Psychiatrie, so mögen doch hier die vorgesehenen Bestimmungen kurz erwähnt werden, da gerade unter den jugendlichen Rechtsbrechern sich viele Psychopathen finden und da gerade die Fürsorge für sie die größten Besserungsaussichten bietet.

Die untere Grenze für das schuldhafte Handeln ist auf 14 Jahre hinaufgesetzt.

Nicht schuldhaft handelt der Jugendliche, wenn er wegen zurückgebliebener Entwicklung oder mangels geistiger oder sittlicher Reife unfähig ist, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder — eine sehr dankenswerte Erweiterung! — seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. Die Strafe für Jugendliche ist in der gleichen Weise wie für Minderwertige zu mildern. Dem Richter ist ein absoluter Ersatz der Strafe durch Erziehungsmaßregeln ermöglicht, wenn er diese nach der Beschaffenheit der Tat und nach dem Charakter und der bisherigen Führung des Jugendlichen für ausreichend erachtet.

Jugendliche Gefangene sind von Erwachsenen vollständig getrennt zu halten; sie sind, wenn sie eine Freiheitsstrafe von 1 Monat und darüber zu verbüßen haben, in besonderen, ausschließlich für sie bestimmten Anstalten oder Abteilungen unterzubringen, in denen sie bis zur Volljährigkeit belassen werden können.

Gegen den für unzurechnungsfähig oder gemindert zurechnungsfähig erklärten Jugendlichen können Erziehungsmaßregeln eintreten, wenn diese erforderlich sind, um den Jugendlichen an ein gesetzmäßiges Leben zu gewöhnen. Auch kann er gegebenenfalls nach der Strafe bis zur Dauer von 3 Jahren und nicht über das 21. Lebensjahr hinaus unter Schutzaufsicht gestellt werden.

Der Umstand, daß in den letzten Dezennien recht häufig Exkulpierte einer Irrenanstalt entweder gar nicht zugeführt oder aus ihr nach kurzer Zeit entlassen wurden, um sofort wieder strafbare Handlungen zu begehen, erneut exkulpiert, erneut aufgenommen und wieder entlassen zu werden, hat in weiten Kreisen Beunruhigung hervorgerufen.

Unter dem Eindrucke solcher sich vorübergehend hier oder dort häufender, durch Exkulpierte begangener Delikte ist die Forderung aufgestellt worden: Der gesunde Rechtsbrecher gehört in die Strafanstalt, der geisteskranke aber so lange in die Irrenanstalt, bis er geheilt ist oder nicht mehr zu verbrecherischer Betätigung neigt.[13])

Die Erfüllung dieser zweiten, in ihrem Kerne durchaus berechtigten Forderung scheint kinderleicht, sie ist aber unendlich schwer.

Sie ist verhältnismäßig leicht bei den ausgesprochenen Geisteskrankheiten, wenngleich auch hier aus der häufig vorhandenen Neigung zu Rückfällen sich Schwierigkeiten ergeben; sie ist unendlich schwer bei den Grenzzuständen. Hier lernten wir Fälle kennen, von denen wir sagen mußten: für gewisse Gruppen von strafbaren Handlungen ist der Mann verantwortlich, für andere wieder ganz unzurechnungsfähig. Wir lernten Fälle kennen, in denen der Täter, der sonst nur das Bild einer dauernden Minderwertigkeit zeigte, nach Entdeckung der Tat oder in der Untersuchungshaft, oder ein anderer während der Verhandlung vorübergehend ausgesprochene geistige Störungen zeigte; wir lernten Fälle kennen, in denen ein selbst geringer Alkoholgenuß, eine gemütliche Erregung hinreichten, die sonst gegebene Zurechnungsfähigkeit auszuschließen. Kurz, wir lernten Fälle kennen, deren Zurechnungsfähigkeit zu verschiedenen Zeiten, unter verschiedenen Umständen, für verschiedene strafbare Handlungen ganz verschieden beurteilt werden mußte.

Wann kann man da von Heilung sprechen? Wie kann man bei einem solchen Psychopathen für längere Zeiträume versprechen, daß er sich nicht mehr gegen das Gesetz verfehlen wird? Und andererseits — dürfen wir diese Menschen, die vielleicht bisher nur kleine Verfehlungen begangen haben, deren Minderwertigkeit in sehr vielen Fällen unheilbar und dauernd ist, lebenslänglich verwahren? Dürfen wir sie vor allem dauernd verwahren, wenn sie durch den Aufenthalt in der Irrenanstalt geschädigt werden, wenn sie der Anstaltsverwahrung mit Nachdruck widerstreben?

Der Entwurf zum Strafgesetzbuch bringt eine Lösung, welche die Interessen der Allgemeinheit wahrt, ohne dem Psychiater die Erfüllung der Pflichten, die wir auch dem pathologischen Rechtsbrecher gegenüber haben, unmöglich zu machen.

Der **Schutz der Allgemeinheit** ist gesichert durch die Bestimmung, daß das Gericht die Verwahrung des wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit Freigesprochenen oder außer Verfolgung Gesetzten oder als gemindert zurechnungsfähig Verurteilten nach Abbüßung der Strafe in einer öffentlichen Heil- und Pflegeanstalt anordnen kann.

Die **Interessen des Kranken** sind gewahrt dadurch, daß diese Maßnahme nicht obligatorisch ist, dadurch, daß ihre Anordnung an die Voraus-

---

[13]) Diese Forderung ist nichts anderes als die vom Volke unbewußt gefundene Folge der wissenschaftlichen Erkenntnis, daß die Exkulpierung parallel gehen muß der Entwicklung der Anstaltsfürsorge. Da, wo die Exkulpierung der Entwicklung der Anstaltsfürsorge voraneilt, gelangen Personen in unsere Anstalten, die so weit über dem durchschnittlichen geistigen Niveau der anderen Anstaltsinsassen stehen, daß ihre länger dauernde Verwahrung in der Anstalt unmöglich ist — und das widerstrebt dem Rechtsempfinden des Volkes.

setzung gebunden ist, daß die öffentliche Sicherheit diese Verwahrung erfordert, dadurch, daß die Verwahrung nur durch Gerichtsbeschluß über 2 Jahre ausgedehnt werden und zunächst nur für eine räumlich begrenzte Zeit verfügt werden darf, nach deren Ablauf neuer Gerichtsbeschluß herbeizuführen ist, und endlich dadurch, daß die Verwahrung durch Schutzaufsicht ersetzt werden kann.

Mit der Schutzaufsicht hat der Entwurf zum Strafgesetzbuch eine Einrichtung vorgeschlagen, die — mutatis mutandis — auch für unsere Irrenfürsorge nicht eine Forderung, sondern ich möchte sagen, geradezu die Forderung des Tages darstellt.

Wie lagen bisher die Verhältnisse? Der in der Irrenanstalt sorgfältigst vor allen Schädlichkeiten Behütete war mit dem Augenblicke der Entlassung vollständig auf sich, auf die eigene Kraft angewiesen — ein gewaltiger Sprung, etwa wie von einem Gymnasium, das jeden Wirtshausbesuch verbietet, zur akademischen Freiheit. Zugegeben, daß es in vielen Gegenden Deutschlands Hilfsvereine für entlassene Geisteskranke gibt, die z. B. in Hessen, Baden, Rheinprovinz vorzügliches leisten — in Hessen verteilte der Verein 1911/12 36870 *M* Unterstützungen — die genaue Kenntnis des Kranken, die sich die Irrenanstalt erwirbt, die Machtfülle, die sich in der Irrenanstalt dem Kranken gegenüber verkörpert, kann ein Verein nie besitzen — und uns in Bayern fehlen solche Vereine gänzlich.

Sie zu ersetzen und zu ergänzen, bedürfen wir einer von unseren Anstalten ausgehenden freiwilligen irrenärztlichen Schutzaufsicht; diese ermöglicht uns, Kranke, die wir nicht in der Anstalt zurückhalten können, weil sie nicht gemeingefährlich oder nicht entmündigt sind, zu entlassen und trotzdem unter einer Aufsicht zu behalten, die eine Gefährdung der Außenwelt wie des Kranken ausschließt. Sie gestattet auch dem unbemittelten Kranken nach der Entlassung ärztlichen Rat, ärztliche Hilfe, ärztlichen Rückhalt zu gewähren; sie gestattet dem Entlassenen durch finanzielle Unterstützung, durch Nachweis von Arbeitsgelegenheit über die ersten schweren Monate nach der Entlassung hinwegzuhelfen; sie sichert im Falle erneuter Erkrankung, im Falle der Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Bedingungen, im Falle der Rückkehr zum Alkohol die sofortige Zurückverbringung in die Anstalt. Sie ermöglicht es, dem Gerichte den sicheren Nachweis an die Hand zu geben, ob der Entlassene eine nach der Entlassung begangene Tat in willensunfreiem Zustande begangen hat; sie ermöglicht es, Dritte vor der Schädigung durch nicht ohne weiteres erkennbare Geisteskranke oder Geistesschwache zu bewahren; sie ermöglicht, rechtzeitig die Entmündigung anzuregen; sie wird vielfach die Verehelichung solcher Personen verhindern, bei denen ärztliche Bedenken bestehen; sie wird uns allmählich einen Einblick geben in die Häufigkeit psychopathischer Erscheinungen in der Bevölkerung; sie wird uns erleichtern, Fühlung zu gewinnen mit anderen nicht in Anstalten verpflegten Geisteskranken, mit den Hilfsschulen, mit der Fürsorgeerziehung, mit der Trinkerfürsorge, mit der Antialkoholorganisation.

Die Schutzaufsicht wird uns gestatten, die Bildung von Unterstützungsvereinen für entlassene Kranke zu fördern und mit ihnen wie mit unseren verdienten Amtsärzten Hand in Hand zu arbeiten.

Von der Schutzaufsicht des Entwurfes zum StGB. wird sie sich stets dadurch unterscheiden, daß sie eine freiwillige Leistung ist, die nie ohne oder gar gegen den Willen der Beteiligten durchgeführt werden darf, und dadurch, daß bei ihr der Schutz des Kranken die erste, der Schutz der Allgemeinheit erst die zweite, wenn auch nicht weniger wichtige Aufgabe ist.

Sicher aber wird die irrenärztliche Schutzaufsicht wertvolle Fingerzeige geben für die seinerzeitige Durchführung der gesetzlichen Schutzaufsicht und vielleicht wird sie einmal einen Bestandteil der gesetzlichen Schutzaufsicht über geistig Anomale bilden.

Ich habe als erster in Deutschland diese Schutzaufsicht über entlassene Geisteskranke im organisatorischen Anschlusse an die Irrenanstalt eingeführt, übe sie nunmehr seit über 6 Jahren und freue mich, daß die Forderung der Schutzaufsicht in unseren Kreisen rasch Boden gewinnt (Moeli, Leppmann, Binswanger, Fischer), wenn auch über die zweckmäßigste Art der Ausführung noch nicht Einigkeit besteht.

In großzügiger und weitblickender Weise hat unserer Anstalt der mittelfränkische Landrat für 1914 fast 3000 *M* zur probeweisen Durchführung der Schutzaufsicht nach dem Antrage des Herrn Oberbürgermeisters Kutzer zur Verfügung gestellt und die Armenpflegen Nürnberg, Fürth und Erlangen haben uns im Bedarfsfalle zu weiteren Aufwendungen ermächtigt.

Neben der spezialärztlichen Fürsorge für die nicht in Irrenanstalten untergebrachten Kranken und Minderwertigen sind die wichtigsten Ziele unserer Psychiatrie die Entwicklung der Trinkerfürsorge insbesondere durch den Bau von Trinkerheilstätten und die psychiatrische Beratung der Fürsorge für die Kinder und Jugendlichen.

Daß das modernste Werk der juristischen Gesetzgebung die Anwendung der Schutzaufsicht in so weitgehendem Maße vorsieht, daß es die Notwendigkeit der Trinker- und der Jugendfürsorge so kräftig betont, daß es mit Nachdruck eine Berücksichtigung der Grenzfälle fordert, daß es psychiatrische Gesichtspunkte auch im Strafvollzug mit Nachdruck da in den Vordergrund rückt, wo es notwendig ist, bringt auch uns Psychiater unseren Zielen näher.

Richter und Arzt, Rechtspflege und Psychiatrie unter ähnlichen Gesichtspunkten gleichen Zielen zustrebend — das ist das erfreuliche Bild, das uns der Entwurf zum Strafgesetzbuch zeigt.

Ist die Hypothek auf einem im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücke eine Gesamthypothek?

Von Dr. Emil Höchstädter, Amtsrichter in München.

Die Frage hat J.-R. Stillschweig-Berlin in Nr. 1 der JW. 1914 S. 7 ff. klar und erschöpfend behandelt. Da sie in der Praxis der Grundbuchämter und der Vollstreckungsgerichte nicht selten zu entscheiden ist, empfiehlt sich ihre Besprechung auch an dieser Stelle unter Berücksichtigung der Einrichtungen des bayerischen Grundbuchwesens.

Die rechtliche Natur der Hypothek an einem im Bruchteilseigentume stehenden Grundstücke hat schon unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekenrechtes Erörterungen in der Literatur und Rechtsprechung veranlaßt. Daß ideelle Anteile an Grundstücken Gegenstand gesonderter Belastung sein können, war trotz des Fehlens ausdrücklicher Bestimmungen darüber im Hypothekengesetze und in der Instruktion dazu allgemein anerkannt;[1]) vgl. Regelsberger, Bayer. HypRecht, zu § 44 Anm. 4 bis 6; Entsch. d. Obersten LG. ä. S. IX, 103; XVI, 342. Dieser Anschauung entsprach auch Art. 158 SubhO., der in den ideellen Anteil des Schuldners an einem Grundstücke die Zwangsvollstreckung zuließ. Nur bis hieher aber reicht die Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung; die Meinungsverschiedenheiten beginnen, sobald die Frage nach dem Wesen der Hypothek zu ergründen ist, die auf dem ganzen Grundstücke oder auf mehreren Anteilen ruht. Vorbehaltslos wird von keinem Schriftsteller diese Hypothek als Gesamthypothek (Korreal-, Verband-, Solidarhypothek) anerkannt. Becher, Landeszivilrecht (1896) gibt im Bd. I S. 802 Anm. 13 eine Zusammenstellung der Literatur über die Frage der Totalhypothek[2]) und fährt dann, im wesentlichen mit Ortenau a. a. O. § 156 Anm. 6 übereinstimmend, fort: „Sind für die Anteile gesonderte Folien errichtet und dann noch Hypotheken auf sämtlichen Anteilen bestellt worden, so liegen Verbandhypotheken vor." Es wird damit die Beurteilung der Totalhypothek für den einzelnen Fall abhängig gemacht von ihrer äußeren Erscheinungsform im Hypothekenbuche, (die Einschreibung erfolgte dort entweder auf den Sonderblättern der Anteile oder auf dem für das ganze Grundstück angelegten Blatte), mithin von einer reinen Zufälligkeit, die zu der materiellrechtlichen Beurteilung der Hypothekrechte nicht die mindesten Beziehungen hatte.

Dies war der Stand der bayerischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur in seinem wesentlichen Ergebnisse, wie ihn das BGB. und die GBO. bei ihrem Inkrafttreten vorfanden. Eine Entscheidung in der Frage der Totalhypothek hat das neue Recht nicht zur Folge gehabt, der Streit der Meinungen setzte sich vielmehr fort und zwar im wesentlichen in denselben Richtungen, die oben für das bayerische Recht angedeutet wurden, und die sich — vgl. den Aufsatz von Stillschweig — im wesentlichen auch für das Gebiet des preußischen Rechtes herausgebildet hatten.

Aus der reichen Literatur seien hier nur die Hauptrichtungen in Kürze angeführt.

Güthe (GBO. 3. Aufl. Bd. I S. 983 Anm. 3), der die ganze Literatur über die Totalhypothekfrage zusammenstellt, läßt die Totalhypothek vorbehaltslos als Gesamthypothek gelten; er ist, soviel ich sehe, der einzige Vertreter dieser Ansicht.

Staudinger — zu § 1132 Anm. 4 — vertritt die herrschende Meinung, indem er die Totalhypothek nur dann als Gesamthypothek behandelt, wenn die Anteile gesondert verpfändet worden sind. Mit ihm geht neben anderen Planck zu § 1132 1a, ferner von den für bayerisches Recht schreibenden Schriftstellern Henle-Schmitt zu § 59 Anm. 2 und Meikel, GBO. zu § 49 Anm. 2a.

Der soeben kurz umschriebenen herrschenden Anschauung vermag ich mich nicht anzuschließen, da sie, ganz wie die Literatur zum bayerischen Hypothekengesetz, ein rein äußerliches Merkmal zum entscheidenden Gesichtspunkte der Frage macht. Ich fasse vielmehr — mit Güthe und Stillschweig — die Totalhypothek als Gesamthypothek auf und betrachte diese Auffassung als die notwendige logische Folge aus der Regelung, die das Recht an ideellen Grundstücksteilen im Gesetze gefunden hat.

§ 1008 BGB. spricht vom „Eigentum nach Bruchteilen". Das Gesetz will, wie diese Fassung andeutet und wie sich auch aus den Mot. III, 438 ergibt, das Eigentum am Bruchteil nicht als eine Abart des Eigentumsrechts, als etwas vom Eigentume Abgeleitetes, sondern als volles Eigentum im eigentlichen Sinne betrachtet wissen. Auf das Miteigentum müssen darum uneingeschränkt und ohne irgendwelche Umdeutung die sämtlichen für das Eigentum an Grundstücken geltenden Vorschriften Anwendung finden. Aus diesem Satze in Verbindung mit § 1114 BGB. ist zu folgern, daß, wenn die Miteigentümer, sei es jeder für sich seinen Anteil, sei es gemeinschaftlich das ganze Grundstück mit einer Hypothek belasten, die Hypothek jeden Anteil selbständig ergreift, eben weil jeder Anteil einen völlig selbständigen Belastungsgegenstand darstellt. Soweit befinde ich mich in völliger Uebereinstimmung mit dem Reichsgerichte, das in seiner Entscheidung vom 16. März 1910 (SeuffArch. 65[135]; JW. S. 473[12]) ganz die gleichen

[1]) Gesondert belasten konnte aber — ebenso wie nach jetzigem Rechte — den ideellen Teil nur dessen Eigentümer, nicht der Eigentümer des ganzen Grundstückes (§ 33 HypG. und die oben zit. Literatur).

[2]) Der Ausdruck „Totalhypothek" sei im folgenden der Kürze halber für die Hypothek auf dem ganzen Grundstücke oder auf mehreren ideellen Teilen beibehalten; er findet sich auch bei Ortenau zu Art. 158 SubhO. sowie im früheren Preuß. HypRecht; vgl. den Aufsatz von J.-R. Stillschweig.

Sätze ausspricht. Nun macht aber das RG. eine völlig unerwartete, m. E. nur aus vorgefaßter Scheu gegen die unmittelbare Anwendung der Gesamthypothekssätze auf die Totalhypothek erklärbare Schwenkung, indem es fortfährt: „. . . . . . allerdings nicht in dem Sinne, daß eine Gesamthypothek an den Anteilen entstünde, denn die Hypothek ist in diesem Falle, wenn auch der Anteil für sich einem Grundstücke gleichzustellen ist, doch nicht gemäß § 1132 an mehreren Grundstücken sondern als Einzelhypothek an dem einen Grundstücke bestellt." Der daran unmittelbar anschließende Satz: „Aber jeder Anteil haftet für die ganze Forderung und im Falle der Zwangsvollstreckung kann der Gläubiger in voller Höhe Befriedigung aus diesem Anteile verlangen" läßt die Ablehnung der Gesamthypothek durch das Reichsgericht[3]) vollends als durchaus gesucht und darum wenig überzeugend erscheinen.

Meine Auffassung von der Totalhypothek als Gesamthypothek gestattet, wie schon ihre Begründung ergibt, keine Unterscheidung nach der Entstehungsweise. Es liegt vielmehr in allen Fällen der Totalhypothek eine Gesamthypothek vor, mag die Hypothek von sämtlichen Miteigentümern in einem einheitlichen Rechtsgeschäfte auf das ganze Grundstück oder mag sie von den einzelnen Miteigentümern gleichzeitig oder nach und nach auf die einzelnen Anteile gelegt worden sein,[4]) oder mag endlich die Totalhypothek sich erst nachträglich durch Umwandlung des zur Zeit der Hypothekeintragung bestehenden Alleineigentumes am Grundstücke in ein Bruchteilseigentum ergeben haben.[5])

Für die Grundbuchführung ergeben sich aus der Behandlung der Totalhypothek als Gesamthypothek keinerlei Schwierigkeiten. Die auf mehreren oder auf allen ideellen Teilen bestellte Hypothek wird entweder auf dem Blatte des ganzen Grundstückes oder auf den für die einzelnen Anteile besonders angelegten Blättern vorgetragen, im letzteren Falle unter Beobachtung des § 49 GBO.; vgl. für das Formelle die Vorschriften der Dienstanweisung f. d. G. §§ 433; 220; 190, 172, 173; 346. Da bei Belastung einzelner Anteile diese genau in ihrer Größe umschrieben sein müssen, wird die beantragte Eintragung einer Hypothek auf älteren Blättern häufig zu einer vorherigen Berichtigung des Grundbuches durch Einschreibung des Anteilsverhältnisses führen. GBO. § 48; Meikel zu § 48 Anm. 5 (§ 742 BGB.).

Zu untersuchen ist nun noch, ob auf dem Gebiete des materiellen Rechtes die Behandlung der Totalhypothek als Gesamthypothek zu befriedigenden Ergebnissen führt. Den klaren und erschöpfenden Ausführungen Stillschweigs in seinem mehrfach zitierten Aufsatze ist in dieser Richtung nicht viel hinzuzufügen.

Der Haupteinwand der Gegner der Gesamthypothek stützt sich in der Regel auf die Behauptung: es sei unbillig, daß dem Gläubiger einer Einheitshypothek bei Verwandlung des Alleineigentums am Grundstücke in Bruchteilseigentum durch die hier vertretene Anschauung die Hypothek gegen seinen Willen in eine Gesamthypothek verwandelt werde, und es bringe diese Verwandlung auch den Nachhypothekgläubigern sowie den Miteigentümern selbst vielfach unerwartete Nachteile. (Den Nachweis solcher Härten sucht u. a., auf viele Beispiele gestützt, ein Aufsatz von Dr. M. Leo im Gruchots Beitr. Bd. 54 S. 257 ff. zu erbringen.) Die Gegner übersehen jedoch bei ihrer Beweisführung, daß es dem Eigentümer (und den Miteigentümern) eines Grundstücks jederzeit freisteht, im Wege der amtlichen Vermessung mit anschließender Katastrierung und Grundbuchberichtigung ohne Zustimmung der Hypothekgläubiger das Grundstück in mehrere selbständige Grundstücke zu zerlegen, daß in diesem Falle die Einheitshypotheken auf dem alten Grundstücke zu Gesamthypotheken auf den neugebildeten Grundstücken werden (unbestritten!), daß also ihr Widerstand gegen die Auffassung der Totalhypothek als Gesamthypothek die von ihnen für die Beteiligten gefürchteten Nachteile nur dann abwendet, wenn mit der Teilung des Eigentumes nicht auch eine geometrische Teilung des Grundstückes erfolgt, ein Vorgang, der von dem Willen der zu Schützenden, wie oben dargelegt, in keiner Weise abhängig, mithin rein zufälliger Natur ist.

Daß die Vorschrift des § 1132 BGB. über die Gesamthaft, die das Wesen der Gesamthypothek ausmacht, auch für die Totalhypothek gilt, wird vom RG. selbst — trotz seiner Gegnerschaft gegen die hier vertretene Anschauung — in der mehrfach angeführten Entscheidung vom 16. März 1910 anerkannt. Voraussetzung des Rechtes des Gläu-

[3]) Ueber die Frage, ob die Vorschriften über die Gesamthypothek auf die Totalhypothek nicht wenigstens analog anzuwenden seien, gehen in der Literatur und Rechtsprechung die Ansichten ebenfalls auseinander; ich verweise vor allem auf die Entsch. des KG. vom 3. Oktober 1911, RJA. 11 [286], sowie auf den Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1132 Anm. 4 (2. Aufl.).

[4]) Ich verweise hier nochmals auf die schon oben angeführte Entscheidung des KG. vom 3. Oktober 1911, in der das Ableiten von Unterscheidungsmerkmalen aus der Fassung der Belastungserklärungen als durchaus unhaltbar zurückgewiesen wird.

[5]) Dem letztgenannten Entstehungsgrunde der Gesamthypothek entspricht in der Umkehrung deren Endigung durch Wiedervereinigung der Grundstücksanteile in einer Hand. Ueber die umstrittene Frage, ob bei der Einsteigerung eines Miteigentumsanteiles durch den Eigentümer des anderen Anteiles, der damit Alleineigentümer wird, die Sicherungshypothek nach § 128 ZwVG. auf dem Anteile oder auf dem ganzen Grundstücke einzutragen ist, vergleiche Komm. der RGR. zu § 1114 Anm. 4. Zu der weiteren hier auftauchenden Frage, ob nach Vereinigung aller Grundstücksanteile in der Hand eines Eigentümers dieser eine auf Anteilen lastende Hypothek auf den noch hypothekfreien Grundstücksteil ausdehnen kann, vgl. die Ausführungen bei Staudinger zu § 1114 Anm. 2, c, d und die dort aufgeführte Literatur. Ich halte die bejahende Entscheidung des RG. für rechtlich wohl begründbar und für durchaus zweckmäßig.

bigers, in den Bruchteil gesondert zu vollstrecken, ist naturgemäß, von der hier nicht in Betracht kommenden zweiten Alternative des § 864 Abs. 2 ZPO. abgesehen, das Bestehen der Gesamthypothek als solcher, m. a. W. das Bestehen von Bruchteilseigentum; in diesem Umfange wird dieses Recht von ZPO. § 864 Abs. 2 (erste Alternative) ausdrücklich anerkannt. Ueber die Anwendung des § 112 ZwVG. und der §§ 63, 64 dieses Gesetzes vgl. Jäckel-Güthe, ZwVG. 4. Aufl. zu den genannten Gesetzesstellen.

Daß dem formellen Vollstreckungsrecht das materielle Verteilungsrecht des Totalhypothekgläubigers entspricht, — BGB. § 1132 Abs. 2 — hat Stillschweig überzeugend dargelegt.

Die Anwendung der übrigen im BGB. enthaltenen Vorschriften (§§ 1172—1176, 1182) auf die Totalhypothek führt zu durchaus befriedigenden Ergebnissen; auf die durch Beispiele erläuterten Ausführungen Stillschweigs, die keinerlei Ergänzung bedürfen, kann hier Bezug genommen werden. Als für die Grundbuchpraxis wichtig sei nur der Fall der Anwendung des § 1173 BGB. in der Form, in der er häufig verkommt, an einem Beispiele erläutert. A und B sind zu gleichen Bruchteilen Eigentümer eines Grundstückes und zugleich persönliche Schuldner und Gesamtschuldner einer dieses belastenden Hypothekforderung zu 1000 Mark; A zahlt von dieser Hypothek 400 *M* an den Gläubiger C, der in der Form des § 29 GBO. Quittung über die Zahlung erteilt und Berichtigung des Grundbuches bewilligt; den Berichtigungsantrag stellt A.

Die Anwendung des § 1173 Abs. 1 und 2 mit § 426 BGB., nach welch letzterer Vorschrift der Schuldner A vom Schuldner B in der halben Höhe des von ihm an den Gläubiger gezahlten Betrages Ersatz verlangen kann,[6]) ergibt folgende künftige Belastung des Grundstückes:

	Anteil des A	Anteil des B
I.	600 *M*	600 *M*
II.	200 *M*	200 *M*
III.	200 *M*	—

I. Ist die Restforderung des Gläubigers C (vgl. § 1176), II. ist Eigentümerhypothek des A, III. ist Eigentümergrundschuld des A; I. und II. sind Total-(Gesamt-)Hypotheken. Als unbefriedigend kann dieses Ergebnis sicher nicht bezeichnet werden; zuzugeben ist den Gegnern nur, daß es sehr unübersichtliche und schwer zu fassende Einträge im Grundbuche notwendig macht.

Der Anwendung der Sätze des BGB. über die Gesamthypothek auf die Totalhypothek entspricht die Behandlung der Totalhypothek als Gesamthypothek auch im Zwangsversteigerungsverfahren; über den Stand der Literatur zu dieser Frage berichtet die Einleitung des oben angeführten Aufsatzes bei Gruchot 54 [257]. Weder bei der Festsetzung des geringsten Gebotes noch bei der Regelung des Ausgebotes (Einzelausgebot und Gesamtausgebot) noch bei der Verteilung des Erlöses führt die Heranziehung der die Versteigerung gesamtverhafteter Grundstücke betreffenden Vorschriften zu irgendwelchen wesentlichen Schwierigkeiten oder zu Härten für die Beteiligten. Es wird deshalb auch fast ausnahmslos in der Literatur des Zwangsversteigerungsrechtes die mindestens analoge Anwendung der Gesamthypothekvorschriften auf die Totalhypothek vertreten.

Ebensowenig wie im Zwangsversteigerungsrechte führt die von mir vertretene Auffassung der Totalhypothek auf dem Gebiete des in der ZPO. geregelten Immobiliarvollstreckungsrechtes (ZPO. §§ 864—871) zu Erschwerungen oder Unbilligkeiten. Dies gilt insonderheit für die Anwendung des § 867 Abs. 2 ZPO. Besteht Bruchteileigentum und begehrt der Gläubiger auf Grund eines gegen alle oder mehrere Miteigentümer gerichteten Vollstreckungstitels eine Zwangshypothek auf allen oder auf mehreren Anteilen, so wird die seinem Antrage entsprechende Hypothek allerdings eine Gesamthypothek; allein in dieser Form, d. h. als Hypothek am Grundbesitz mehrerer Schuldner, ist die Zwangshypothek als Gesamthypothek zulässig (herrschende Meinung, vgl. Gaupp-Stein zu § 867 Anm. V, 3); besteht Alleineigentum am Grundstücke, so wird die Zwangshypothek Einheitshypothek auch dann, wenn die Bruchteile eines ehemaligen Miteigentumes infolge gesonderter Belastung noch eine gewisse Selbständigkeit haben, es kommt also in diesem Falle § 867 Abs. 2 überhaupt nicht in Frage.

[6]) Vgl. hierzu ZfR. Bd. 10 S. 395 f.

Kleine Mitteilungen.

Die Verhältnisse der bayerischen Notariatsgehilfen. Die Verhältnisse des Kanzleipersonals unserer Notariate sind in den letzten Jahren fortgesetzt Gegenstand öffentlicher Erörterungen gewesen. Zwar hat die Staatsregierung schon im Jahre 1902 und in der Folgezeit eingehende Vorschriften über die Beschäftigungszeit, Beurlaubung und die sonstigen Verhältnisse der Gehilfen erlassen, insbesondere auch für minderjährige ein Mindestgehalt von 600 *M*, für volljährige ein solches von 900 *M* vorgeschrieben. Aus der Behördeneigenschaft des Notariats leiteten die Gehilfen jedoch den Anspruch ab, als Beamte in den Staatsdienst übernommen und vom Staate besoldet zu werden, einen Anspruch, der natürlich unbefriedigt bleiben muß, solange nicht die Notariate selbst verstaatlicht sind. Den Höhegrad erreichte die Agitation im Jahre 1909, als mit dem Inkrafttreten des Beamtengesetzes die Gehälter der Staatsbeamten eine zum Teil nicht unerhebliche Erhöhung erfuhren. Aus der weiteren Entwicklung mag folgendes von Interesse sein.

I. Um den fortgesetzten Klagen über unzureichende Gehälter den Boden zu entziehen, wurden die Notariatskammern ersucht, selbst die Gehaltsverhält-

nisse zu regeln und sie tunlichst den Gehaltsverhältnissen der Gerichtsbeamten anzugleichen. Dieser Anregung haben die Notariatskammern im Sommer v. J. in durchaus befriedigender Weise entsprochen. Unter ihrer Leitung haben sich die Notare auf folgende Grundsätze geeinigt.

1. Den volljährigen Gehilfen wird künftig grundsätzlich ein Mindestanfangsgehalt von 1200 *M*, nach 15 Dienstjahren ein Mindestgehalt von 2250 *M* gewährt. Der Gehalt wird alle 3 Jahre um 150 *M* erhöht, bis ein Endgehalt von 3150 *M* erreicht wird.

2. Die Zahlung eines Gehalts in dieser Höhe setzt voraus, daß die Erträgnisse des Notariats es gestatten alle Vorrückungen zu zahlen und daß überdies auch die Leistungen der Gehilfen derart sind, daß sie alle Vorrückungsbeträge beanspruchen können.

3. Die Leistungsfähigkeit des Notars wird in der Weise begrenzt, daß jeder Notar für Gehilfengehälter als Höchstbetrag nur einen bestimmten Prozentsatz seines Roheinkommens aufzuwenden braucht und zwar bei einem Roheinkommen von

7 000—10 000 *M* bis zu höchstens	18 %,
10 001—13 000 *M* „ „ „	22 %,
13 001—16 000 *M* „ „ „	24 %,
16 001—22 000 *M* „ „ „	25 %,
22 001—25 000 *M* „ „ „	26 %,
25 001—30 000 *M* „ „ „	28 %,
30 001—45 000 *M* „ „ „	30 %.

Notare mit einem Roheinkommen von weniger als 7000 *M* werden durch die Regelung überhaupt nicht betroffen; für Notare mit einem Roheinkommen von mehr als 45 000 *M* ist ein Höchstaufwandsbetrag nicht festgesetzt, sie gewähren in jedem Falle ihren Gehilfen wenigstens die Gehälter, die sie nach ihrem Dienstalter beanspruchen können.

Soweit die Erträgnisse eines Notariats es nicht gestatten, die dem Gehilfen zukommenden Vorrückungen zu gewähren, wird auf zweifache Weise Abhilfe geschaffen:

a) Durch ein von den Notariatskammern eingerichtetes Stellenamt, dessen Führung dem Notariat Oettingen übertragen ist, soll es jedem Gehilfen ermöglicht werden, eine Stelle zu erhalten, auf welcher ihm weitere Vorrückungen gewährt werden können.

b) Wenn einem Gehilfen die Erreichung einer Stelle mit weiteren Vorrückungen im Gehalte nicht rechtzeitig oder überhaupt nicht gelingt, wird ihm wenigstens die Hälfte des Unterschieds zwischen dem ihm nach seinem Dienstalter zukommenden Gehalt und seinem wirklichen Gehalt aus einer von den Notariatskammern gegründeten Kasse als Zulage gewährt.

4. Bezüglich der Leistungsfähigkeit der Gehilfen wird unterschieden zwischen Gehilfen, die selbständig zu arbeiten vermögen und solchen, die im wesentlichen nur mit mechanischen Arbeiten, reinen Schreibarbeiten, Botengängen usw. betraut sind. Während die selbständigen Gehilfen nach 15 Dienstjahren von 1800 *M* sofort auf 2250 *M* vorrücken, steigen die unselbständigen Gehilfen von 1800 *M* zunächst auf 1950 *M* und erreichen mit 2100 *M* ihren Höchstgehalt.

5. Um den Uebergang zu erleichtern und den Verhältnissen der Gerichtsschreibereibeamten Rechnung zu tragen, wurde der derzeitige Höchstgehalt für einen selbständigen Gehilfen zunächst auf 2550 *M*, der Höchstgehalt für einen unselbständigen Gehilfen auf 1800 *M* und der nächste Vorrückungstermin auf 1. Juli 1916 festgesetzt.

6. Nach oben ist der Notar bei der Gehaltsregelung nicht gebunden; nach wie vor können sich die Gehilfen durch besonderen Fleiß und besondere Tüchtigkeit einen höheren Gehalt verdienen.

Einzelne Mängel und Unvollkommenheiten, die dem großzügig aufgebauten Werke noch anhaften, werden sich in nicht zu ferner Zeit beseitigen lassen, sobald weitere Erfahrungen gesammelt sind. Jedenfalls kann man schon heute sagen, daß die Notare mit dieser Regelung in der Hauptsache alles getan haben, was von ihnen unter den obwaltenden Verhältnissen billigerweise verlangt werden kann. Ich habe diese auf kollegialer Vereinbarung beruhende Ordnung der Verhältnisse, die auch von den Gehilfen dankbar anerkannt wird, an anderer Stelle als eine *soziale Tat* bezeichnet; ich kann dieses Wort nicht laut und deutlich genug wiederholen.

II. Mit den Gehaltsverhältnissen haben auch die *Pensionsverhältnisse* der Gehilfen eine wesentliche Verbesserung erfahren. Bisher haben die Notariatsgehilfen von ihrem Pensionsverein Pensionen bezogen, die einem Drittel der Beamtenpension gleichkommen. Die Pensionen wurden aus der Staatskasse durch fortlaufende Unterhaltsbeträge in der Höhe von ²/₃ der entsprechenden Beamtenpension ergänzt, so daß die Gesamtversorgung eines Gehilfen tatsächlich einer vollen Beamtenpension gleichkam. Die vom Pensionsverein bezogene Pension durfte jedoch den Betrag von 525 *M*, der aus der Staatskasse gewährte Unterhaltsbetrag den Betrag von 1050 *M* nicht überschreiten, so daß der Höchstbetrag der Gesamtversorgung sich nur auf 1575 *M* berechnete.

Der Pensionsverein wurde nun in der Weise ausgestaltet, daß die Gehilfen künftig von ihm die ganze Versorgung als Pension beziehen, die nach Maßgabe des Beamtengesetzes berechnet wird. Der Höchstbetrag der Gesamtversorgung wurde von 1575 *M* auf 1800 *M* erhöht. Auch die Witwen und Waisen der Gehilfen, die bisher nur geringfügige Pensionen vom Pensionsverein erhielten, haben künftig Anspruch auf Pensionen in der Höhe der Beamten-Witwen- und Waisenpensionen. Doch darf die Witwenpension zunächst den Betrag von 600 *M* nicht überschreiten, während die Waisenpension nur bis zum 18. Lebensjahre gewährt wird.

Daß die Hauptlast des Pensionsvereins von den Notaren getragen wird, sei nur nebenbei erwähnt.

III. Damit zu all dem auch der äußere Glanz nicht fehle, wurde einem lange gehegten Wunsche der Gehilfen entsprechend auch die *Titelführung* geregelt. Auf Grund allerhöchster Entschließung vom 24. Dezember 1913 wurde gestattet, daß die Notariatsgehilfen vom vollendeten 23. Lebensjahre an den Titel eines Notariatsassistenten und, wenn sie nach Vollendung des 21. Lebensjahres 15 Jahre als Gehilfen tätig gewesen sind und selbständig zu arbeiten vermögen, den Titel eines Notariatsbuchhalters führen. Die Führung des Titels ist grundsätzlich nur mit Genehmigung des Notars zulässig. Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn das dienstliche oder außerdienstliche Verhalten des Gehilfen tadelfrei ist.

Ausnahmsweise dürfen den Titel Notariatsbuchhalter aber auch diejenigen Notariatsgehilfen führen, die nach der Vollendung des 21. Lebensjahres wenigstens 12 Jahre Gehilfen sind, tatsächlich die Stelle eines ersten Gehilfen versehen und vorzügliche Dienstleistungen aufzuweisen haben. Die Genehmigung zur

Führung des Titels in diesem Falle hat sich das Justizministerium vorbehalten.

Nicht unerwähnt darf schließlich bleiben, daß die Notariatsgehilfen seit dem vorigen Jahre auch an den allerhöchsten Ordensauszeichnungen teilnehmen.

Damit hat auch das Dienstverhältnis der Gehilfen nach außen und ihre soziale Stellung an Ansehen und Festigkeit gewonnen. So können die Gehilfen mit Befriedigung auf das zurückblicken, was sie für sich und ihren Stand erreicht haben. Mit Befriedigung dürfen aber auch die Notare ihr Werk betrachten, das in ehrender Weise Zeugnis ablegt für ihr soziales Empfinden und ihr Standesbewußtsein und das beweist, daß die Notare die Zeichen der Zeit verstanden haben und gewillt sind, das Notariat in seinen Grundfesten zu sichern.

Ministerialrat H. Schmitt in München.

Hinderung des Vollzugs ungesetzlicher Strafen durch richterliche Entscheidung. Dieser Grundsatz (vgl. diese Zeitschrift 1913 S. 296) ist jüngst wieder in zwei richterlichen Entscheidungen vertreten worden.

1. Der Angeklagte E. wurde am 23. September 1913 vom Schöffengericht bei dem Amtsgericht A. wegen Körperverletzung zu einem Monat Gefängnis verurteilt. Die Strafe wurde durch die Amnestie vom 5. November 1913 erlassen. Am 6. November 1913 hatte sich E. vor dem Schöffengericht bei dem Amtsgericht E. wegen Körperverletzung zu verantworten und er wurde hiewegen zu acht Monaten Gefängnis verurteilt. Da dem Gericht bei Erlassung des Urteils der Gnadenerlaß vom 5. November 1913 noch nicht bekannt war, wurde nach § 79 StGB. unter Einrechnung der am 23. September 1913 verhängten Strafe von einem Monat eine Gesamtstrafe von acht Monaten vierzehn Tagen Gefängnis ausgesprochen. Das Urteil wurde rechtskräftig.

Nach dem Antrag des Amtsanwalts erließ das Amtsgericht E. auf Grund des § 490 StPO. Beschluß dahin, daß die Strafvollstreckung aus dem Urteil vom 6. November 1913 nur bezüglich der Gefängnisstrafe von acht Monaten zu geschehen habe, weil die eingerechnete Strafe von einem Monat Gefängnis bereits erlassen war, als das auf die Gesamtstrafe lautende Urteil gefällt wurde.

2. Am 11. November 1913 wurde vom Landgerichte L. der Angeklagte S. wegen Betrugs i. R. zu drei Monaten Gefängnis verurteilt und unter Zusammenfassung mit einer Gefängnisstrafe von acht Tagen, die am 23. April 1913 vom Schöffengericht bei dem Amtsgerichte R. ausgesprochen worden war, wurde auf eine Gesamtstrafe von drei Monaten zwei Tagen erkannt. Die Gefängnisstrafe von acht Tagen war aber durch die Amnestie vom 5. November 1913 erlassen gewesen. Als es zur Vollstreckung des Urteils vom 11. November 1913 kam, erhob der Staatsanwalt Einwendungen nach § 490 StPO. und auf seinen Antrag sprach das Landgericht aus, daß die Strafvollstreckung aus dem Urteil nur bezüglich des Betrages von drei Monaten statthaft sei, da wegen Erlasses der achttägigen Gefängnisstrafe die Bildung einer Gesamtstrafe unzulässig war und jede Strafvollstreckung, die sich unmittelbar oder mittelbar auf die Verurteilung vom 23. April 1913 gründet, ungesetzlich und unzulässig sei.

Diese Fälle zeigen aufs neue, daß die ausdehnende Auslegung des § 490 StPO. geeignet ist, ein dringendes Bedürfnis der Rechtspflege zu befriedigen. Es ist klar, daß eine erlassene Strafe nicht vollzogen werden darf, auch wenn sie mit einer anderen Strafe zu einer Gesamtstrafe verbunden ist. Keine Strafvollstreckungsbehörde würde dies tun. Die Frage ist nur, auf welche Weise abgeholfen werden kann. Die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens sind nicht gegeben. Daß die Begnadigung in den Fällen der Sachlage nicht entspricht, in denen der Verurteilte ein gutes Recht auf Schutz gegen ein offenbares Versehen und eine sachlich ungesetzliche Strafvollstreckung hat, ist bereits früher in dieser Zeitschrift bemerkt worden. In den vorliegenden Fällen hätte sogar eine im Gnadenweg erlassene Strafe nochmals aus Gnade erlassen werden müssen. Dagegen eröffnet die neue Auslegung des § 490 StPO. einen klaren, einfachen, zweckmäßigen Weg, auf dem dem Recht in allseits befriedigender Weise Genüge geschehen kann. Diese Auslegung kommt dem Verurteilten, dem beteiligten Gerichte, das zu seiner Genugtuung ein Versehen selbst verbessern kann, und dadurch der Rechtspflege im allgemeinen durch Erhöhung ihres Ansehens zu gute.

I. Staatsanwalt Weber in Landshut.

Die Zertrümmerung der im Zwangswege erworbenen Landanwesen durch Güterhändler. Gegenüber den Ausführungen von R. A. Dr. Theilheimer in Nr. 23/1913 dieser Zeitschrift, wonach das Güterzertrümmerungsgesetz vom 13. August 1910 auf die im Zwangsweg erworbenen Anwesen keine Anwendung finden solle, erlaube ich mir, darauf hinzuweisen, daß ich in Nr. 6/1913 der Zeitschrift für das Notariat in Bayern die gegenteilige Ansicht vertreten und zu begründen versucht habe. Meine Begründung stützte sich hauptsächlich auf die folgende Erwägung:

Der Güterhändler hat das im Zwangswege eingesteigerte Anwesen wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben, nämlich durch sein Gebot, das den Zuschlag an ihn ausgelöst hat.[1]) Ein Gesetz, das anerkanntermaßen die Absicht hat, die Güterzertrümmerungen einzuschränken, darf nicht so ausgelegt werden, daß in einer nicht geringen Anzahl von Fällen seine Anwendung an einer, übrigens nicht einmal unbestrittenen Begriffsbestimmung scheitert, und daß für die Beteiligten ein Weg geöffnet wird, auf dem sie ohne besondere Schwierigkeiten die Vorschriften des Gesetzes umgehen können.

Man kann in der Tat auch nicht einsehen, warum der den Güterzertrümmerungen so abgeneigte Gesetzgeber gerade diese Art des Erwerbes hätte privilegieren wollen. Höchstens das könnte man allenfalls, wenn auch nicht aus dem Gesetzestext, so doch aus den amtlichen Motiven zum Entwurf (BeilBd. IX Nr. 852 der Vhdl. d. K. d. Abg. i. J. 1909/1910) herauslesen, daß der Erwerb im Zwangsversteigerungsverfahren dann

[1]) Anm. des Herausgebers: Ich halte diese Begründung nicht für zutreffend. Es ist schon zweifelhaft, ob das Gebot in der Zwangsversteigerung überhaupt ein Rechtsgeschäft ist. Jedenfalls ist es aber nicht der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb des Erstehers. Der Rechtsgrund ist der im Zuschlagsbeschlusse verkörperte Prozeßvorgang. Ist der Zuschlag rechtskräftig, so kommt es auf die Gültigkeit des Gebots nicht mehr an.



nicht unter das Gesetz fällt, wenn ihn der Güterhändler außerhalb seines Geschäftsbetriebs betätigt hat. Doch auch mit dieser Einschränkung ist die Privilegierung nicht zu halten; denn es wäre dann nicht erklärlich, warum die Privilegierung nicht auch Platz greifen sollte in den Fällen, in welchen der Güterhändler ein Anwesen unmittelbar durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden außerhalb seines Geschäftsbetriebs (z. B. durch Annahme an Zahlungsstatt für ein außerhalb des Geschäftsbetriebs gewährtes Darlehen) erworben hat.

Ich komme demgemäß zu dem Schluß: Sowohl beim Erwerb eines Anwesens im Zwangsversteigerungsverfahren, wie bei der Zertrümmerung des so erworbenen Anwesens finden die Vorschriften des Güterzertrümmerungsgesetzes Anwendung mit der aus diesem Gesetz selbst sich ergebenden Einschränkung, daß das Vorkaufsrecht nach Art. 1 mit der Anzeigepflicht nach Art. 2 und das Rücktrittsrecht nach Art. 5 I wegfallen, und zwar das Vorkaufsrecht auf Grund des gemäß Art. 4 II anzuwendenden § 512 BGB., und das Rücktrittsrecht deshalb, weil das Gesetz seinem unzweideutigen Wortlaut nach einen Vertrag zwischen dem Subhastaten und dem Güterhändler auf Uebertragung des Eigentums als Kausalgeschäft voraussetzen würde, und weil ein solcher Vertrag als Kausalgeschäft beim Erwerbe des Eigentums durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren begrifflich nicht in Betracht kommen kann.

Amtsrichter Dr. Zeitler in München.

Ueber die polizeiliche Genehmigung stehender Lichtspieltheater in Bayern. In meiner Abhandlung über die Konzessionspflicht der Kinematographentheater nach bayerischem Landesrecht[1]) hatte ich ausgeführt, daß die Verwaltungsbehörden in Bayern von den Inhabern stehender Kinematographentheater vielfach eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis zur Eröffnung des Betriebes verlangen, daß sie insbesondere auch die Erlaubnis zur Eröffnung neuer Kinematographentheater versagen, wenn ihrer Meinung nach ein Bedürfnis zur Eröffnung eines neuen Kinos nicht vorhanden ist. Ich suchte ferner nachzuweisen, daß diese Praxis der Verwaltungsbehörden unzulässig sei, da reichsrechtlich keine Konzessionspflicht der stehenden Kinotheater bestehe und die Bestimmungen des bayerischen Landesrechtes, soweit sie etwa an sich eine derartige Konzessionspflicht aufstellen, seit Inkrafttreten der Gewerbeordnung in dieser Beziehung nicht mehr angewendet werden könnten.

Im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, ist mir Staatsminister a. D. Ritter von Landmann in seiner Abhandlung über die polizeiliche Genehmigung stehender Lichtspieltheater in Bayern[2]) beigetreten. Er weist vor allem nach, daß die Art. 32 und 33 des bayerischen PStGB., auf welche die Verwaltungsbehörden ihre Befugnis stützen, die Zulassung stehender Lichtspieltheater zu versagen, in Wirklichkeit nur die Ausübung des Gewerbes beschränken; die Polizei darf danach die Genehmigung zur Eröffnung eines stehenden Kinotheaters nicht etwa mangels Bedürfnisses versagen, sondern nur dann, wenn aus allgemeinen polizeilichen Gründen auferlegte Bedingungen sicherheits- oder sittenpolizeilicher Art von dem Kinobesitzer nicht beachtet werden. Daß solche Beschränkungen der Ausübung des Gewerbes zulässig sind, ist auch für die übrigen Bundesstaaten unstreitig.

Daß entgegen dieser Auffassung manche Verwaltungsbehörden in Bayern noch immer glauben, auf Grund des Art. 32 PtGB. die Zulassung zum Gewerbebetriebe versagen zu können, zeigt ein Verwaltungsstreitverfahren, das die Kinobesitzer L. und R. in N. gegen den Stadtmagistrat N. angestrengt hatten.

L. und R. beabsichtigten in N. ein stehendes Kinematographentheater zu eröffnen; ein angestellter Rezitator sollte während der Vorstellungen des besseren Verständnisses halber kurze Erläuterungen zu den Bildern geben, dagegen war nicht in Aussicht genommen, die Vorführungen durch Gesang oder deklamatorische Vorträge zu begleiten.

Mit Polizeisenatsbeschluß hat der Stadtmagistrat N. ihnen die polizeiliche Erlaubnis zur öffentlichen Veranstaltung von Lichtspielvorführungen versagt. In den Entscheidungsgründen wurde auf § 33 a GewO. und Art. 32 PStGB. Bezug genommen; § 33 a GewO. schreibe in Ziff. 3 die Prüfung der Bedürfnisfrage vor; auch nach Art. 32 PStGB. sei der Stadtmagistrat zur Würdigung der Bedürfnisfrage berechtigt. Werde diese Frage aufgeworfen, so könne sie bei der Lage und Zahl der schon vorhandenen und genehmigten Betriebe nur verneint werden.

Gegen diesen Beschluß wurde Beschwerde an die Regierung, Kammer des Innern, eingereicht, in der bestritten wurde, daß es zulässig sei, die Bedürfnisfrage bei der Eröffnung stehender Kinematographentheater zu prüfen.

Die Regierung erteilte den Bescheid, daß der Beschluß des Polizeisenats außer Wirksamkeit gesetzt und die Sache zur neuen Behandlung und Entscheidung an die erste Instanz zurückverwiesen werde.

In den Entscheidungsgründen wurde im wesentlichen folgendes ausgeführt: Bei der in Aussicht genommenen Art des Betriebes könne § 33 a GewO. nicht angewendet werden, da die Lichtspielbilder nur durch eine redende Person kurz erläutert werden sollten. Ebensowenig könne die Würdigung der Bedürfnisfrage auf Art. 32 PStGB. gestützt werden, da auf Grund dieser Vorschrift nur Anordnungen hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung der kinematographischen Vorführungen getroffen werden könnten, ihre Zulassung aber nicht in Widerspruch mit den Bestimmungen der GewO. von der Prüfung und Bejahung der Bedürfnisfrage abhängig gemacht werden könne. Der Bescheid fährt fort:[3])

„Sollte die Art des Betriebes sich in Zukunft — selbstverständlich vorausgesetzt, daß derselbe nach der in eigener Zuständigkeit, namentlich auch in bau-, feuer-, sicherheits- und gesundheitspolizeilicher Hinsicht vorzunehmenden Würdigung durch den Stadtmagistrat N. genehmigt worden sollte — so gestalten, daß die Voraussetzungen des § 33 a GewO. erfüllt sein werden, so hätte der Stadtmagistrat Veranlassung, auf dieser Rechtsgrundlage ein neues Verfahren einzuleiten. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn durch die kinematographischen Darstellungen von Handlungen und Ereignissen die optische Täuschung hervorgerufen würde, als ob sich der im bewegten Bilde wieder-

---

[1]) Hellwig in der „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern“ 1913 S. 213 ff.

[2]) v. Landmann, ebendort S. 237 ff.

[3]) In unerträglichem Juristendeutsch. Der Herausgeber.



gegebene Vorgang vor den Augen des Zuschauers abspielte (Reger, 4. ErgBd. S. 197, Bd. 31 S. 278)."

Dem hier vertretenen Standpunkt kann man vollständig beitreten, soweit es sich um Aufhebung des Beschlusses des Stadtmagistrats handelt. Dagegen ist es mir zweifelhaft, ob die Auffassung haltbar ist, die am Schluß des Bescheides ausgedrückt ist. Zwar ist richtig erkannt, daß die Erklärungen, die der sogenannte Rezitator in den Kinotheatern zu den einzelnen vorgeführten Bildern zu geben pflegt, nicht ein deklamatorischer Vortrag i. S. des § 33a GewO. sind; auch muß zugegeben werden, daß unter Umständen allerdings die Mitwirkung von Personen bei der Vorführung von Films als die Veranstaltung von gesanglichen oder deklamatorischen Vorträgen aufgefaßt werden kann, nämlich dann, wenn der Gesang oder der Vortrag die Hauptsache ist, die kinematographische Vorführung also nur die nebensächliche Begleitung des Vortrages. In der großen Mehrzahl der Fälle wird das Verhältnis zwischen gesanglichem oder deklamatorischem Vortrag einerseits, den kinematographischen Vorführungen andererseits aber gerade umgekehrt sein. Sind aber die kinematographischen Vorführungen die Hauptsache, so ist es meines Erachtens unzulässig, für die mit den kinematographischen Vorführungen ein einheitliches Ganzes bildenden gesanglichen oder deklamatorischen Vorträge eine Konzession zu verlangen; die gesanglichen und deklamatorischen Vorträge haben nämlich durch ihre Verschmelzung mit den kinematographischen Vorführungen ihre Selbständigkeit verloren. Es gibt dann nicht mehr besondere Vorträge und davon verschiedene kinematographische Vorführungen, vielmehr ist aus beiden eine höhere Einheit geworden, ein organisches Ganzes, nämlich die von mir sogenannte „kombinierte kinematographische Vorführung". Ebensowenig wie die einfache kinematographische Vorführung zurzeit noch einer Konzessionspflicht unterliegt, ist dies aber auch bei den kombinierten kinematographischen Vorführungen der Fall.[4])

Dabei soll keineswegs verkannt werden, daß die Frage streitig ist, doch mag darauf hingewiesen werden, daß die Rechtsprechung überwiegend sich in ähnlicher Weise geäußert hat.[5])

Daß nicht alle Kreisregierungen in Bayern die richtige Auffassung teilen, daß bei gewöhnlichen kinematographischen Vorführungen die Einführung einer Konzessionspflicht nicht zulässig sei, ergibt sich aus einer Entscheidung des zweiten Senates des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes (Nr. 15 II/13) vom 11. April 1913.

E. hatte in L. ein stehendes Kino eröffnen wollen; der Stadtmagistrat hatte ihm aber die Genehmigung zur Eröffnung eines Kinos versagt. Gegen den Magistratsbeschluß legte E. Beschwerde bei der Regierung ein, die aber verworfen wurde. Gegen diesen Bescheid beschwerte sich E. bei dem Verwaltungsgerichtshof. Durch die erwähnte Entscheidung vom 11. April 1913 wies auch der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde zurück, aber nicht etwa, weil er die irrige Auffassung der Vorinstanz billigte, sondern nur, weil er sich zur Entscheidung über diese Beschwerde nicht für zuständig erachtete.

---

[4]) Hellwig „Oeffentliches Kinematographenrecht" (Preußisches Verwaltungsblatt Bd. 34 S. 200).

[5]) Das Oberlandesgericht Breslau, das Kammergericht und das Hamburger Schöffengericht vertreten die richtige Theorie. A. A. das Oberlandesgericht Dresden. Die ganze Frage hoffe ich an anderer Stelle eingehender behandeln zu können.

In den Entscheidungsgründen wurde im wesentlichen folgendes ausgeführt:

„Die Vorinstanzen stützen ihre Ansicht, daß eine Erlaubnis notwendig sei, und die Verweigerung dieser Erlaubnis nicht auf eine Bestimmung der GewO. — die zweite Instanz hebt ausdrücklich hervor, daß die Veranstaltung nicht unter § 33a GewO. falle und ein freies Gewerbe sei —, sondern auf Art. 32 Abs. I Ziff. 2 PStGB. Die Regierung führt dazu unter Hinweis auf die in Regers Entsch. (Erg.Bd. 3 S. 389 und 4 S. 197) abgedruckten Urteile des Obersten Landesgerichts des näheren aus, daß dies den Bestimmungen der GewO. nicht widerspreche. Der Grundsatz der Gewerbefreiheit sei dort nur in dem Sinne aufgestellt, daß die „Zulassung" zum Betriebe eines Gewerbes nicht in weiterem Umfange beschränkt werden dürfe, als die GewO. vorschreibt oder zuläßt. Hinsichtlich der „Ausübung" des Gewerbes unterlägen jedoch auch die zum Betriebe zugelassenen Gewerbeberechtigten den allgemeinen Gesetzen und den auf Grund dieser Gesetze im öffentlichen Interesse getroffenen Anordnungen. Die Ausübung des Gewerbes sei in Bayern auf Grund jener landesgesetzlichen Bestimmung im Zusammenhalt mit § 15 der Zuständigkeitsverordnung vom 4. Januar 1872 von ortspolizeilicher Erlaubnis abhängig. Die Erlaubnis könne nach Ermessen der Behörde unter Bedingungen erteilt oder ganz verweigert werden und der Magistrat habe sie hier in zutreffender Weise mangels eines Bedürfnisses verweigert. Der übermäßigen Vermehrung fraglicher Unternehmungen und damit einer das öffentliche Wohl gefährdenden Zunahme ihrer unerwünschten Begleiterscheinungen und Folgen müsse rechtzeitig durch Versagung der Erlaubnis entgegengetreten werden.

Die Beschwerde widerspricht dem. Eine Erlaubnis sei nicht, auch nicht auf Grund des Art. 32 PStGB. erforderlich. Die in der GewO. begründete Zulassung zum Betriebe des Gewerbes dürfe nicht nach freiem Ermessen der Polizeibehörden beschränkt oder verhindert werden, es seien nur allgemeine polizeiliche Bestimmungen, also sicherheits-, gesundheits-, feuerpolizeiliche Maßregeln, zulässig."

Den § 33a GewO. erachtete der Verwaltungsgerichtshof gleichfalls nicht für anwendbar.

In Gewerbesachen sei nach Art. 8 Ziff. 8 VGHG. der Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung nur in den Fällen berufen, in denen das nach §§ 20 und 21 GewO. vorgesehene Verfahren nach den jeweils geltenden Bestimmungen der GewO. einzutreten habe.

Es fehle somit eine Vorschrift, durch welche die gewerberechtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes begründet wäre. Auch sonst fehle es an einer gesetzlichen Bestimmung, die den Verwaltungsgerichtshof für zuständig erkläre, darüber zu entscheiden, ob die Vorinstanzen die Verweigerung der Erlaubnis auf die landesgesetzlichen Vorschriften des Art. 32 PStGB. stützen könnten.

Da mithin die Möglichkeit fehlt, daß im Verwaltungsstreitverfahren für Bayern einheitlich festgestellt wird, daß die von einem Teil der bayerischen Verwaltungsbehörden bis auf den heutigen Tag vertretene irrige Gesetzauslegung beseitigt wird, bleibt nur übrig, daß das Staatsministerium bei Beschwerden der Gesuchsteller sich mit der Frage befaßt und durch Verwaltungsanordnungen dafür sorgt, daß sämtliche Verwaltungsbehörden Bayerns den Art. 32 PStGB. so auslegen, wie es der Rechtsprechung und der Literatur entspricht.

Gerichtsassessor Dr. Hellwig in Berlin-Friedenau.



Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Sind Tanks und Bottiche Bestandteile eines Brauereigrundstücks? Aus den Gründen: Das OLG. hat dem Eigentumsvorbehalte die Wirksamkeit abgesprochen, weil die Tanks und Bottiche wesentliche Bestandteile des Grundstücks oder des Brauereigebäudes geworden seien, so daß ein Sondereigentum an ihnen nicht mehr bestehen könne. Das Urteil stützt sich auf folgenden Sachverhalt: Die Gegenstände befanden sich in Räumen, die aus einem früheren Eiskeller zu Lager- und Gärräumen hergerichtet waren. Um die Aufnahme der Gegenstände zu ermöglichen, mußten umfangreiche bauliche Veränderungen vorgenommen werden, namentlich mußte die Decke des früheren Eiskellers höher gelegt und mit Eisenschienen versehen werden. Außerdem wurden Zwischenräume eingerissen und neue Wände aufgeführt, so daß Tanks und Bottiche in den Räumen, wo sie untergebracht sind, ringsum mit Mauern umgeben sind. Die Tanks stehen auf 1/2 m hohen Eisenfüßen und sind mit diesen durch eine Zementschicht verbunden. Die Bottiche sitzen auf eisernen Schienen und sind mit diesen ebenfalls durch Zement verbunden. Die Tanks und Bottiche aus den Räumen zu entfernen, ist nur bei teilweisem Niederreißen der Mauern möglich. Tanks und Bottiche sind zum Betriebe der Brauerei unbedingt notwendig, und die Einrichtung hat nach dem Willen des Herstellers dauernd sein sollen. Sodann führt das OLG. aus: Nach der Verkehrsanschauung seien die Tanks und die Bottiche zusammen mit den Räumen, in denen sie sich befinden, Bestandteile des Brauereigebäudes, sie bildeten mit ihm ein einheitlich körperliches Ganzes. Deshalb seien sämtliche Voraussetzungen des § 93 BGB. gegeben; durch die Entfernung der Gegenstände würde das Brauereigebäude in seinem Wesen geändert. Denn durch die Wegnahme würde das bisherige Ganze — die Brauerei — aufgehoben, die Gär- und Lagerräume würden für den Brauereibetrieb unbrauchbar werden und in ihrem wirtschaftlichen Werte Einbuße erleiden. — Die Fortnahme der Gegenstände würde ferner auch solche Eingriffe in das Gebäude erfordern, daß die Beschädigung einer Zerstörung gleichkommen würde. — Außerdem hätten die Tanks und Bottiche aber auch als zur Herstellung des Gebäudes eingefügte Sachen zu gelten (§ 94 Abs. 2 BGB.).

Diese Ausführungen ergeben, daß das OLG. die Begriffe der Sache, der Bestandteile überhaupt und der wesentlichen Bestandteile insbesondere verkennt und die Vorschriften der §§ 93, 94 Abs. 2, 97, 98 BGB. irrig auffaßt. Zunächst ist nach der tatsächlichen Feststellung über die Lage und die Aufstellung der Tanks und Bottiche sowie nach dem Wesen dieser Gegenstände überhaupt die Annahme unrichtig, daß die Gegenstände i. S. des § 94 Abs. 2 BGB. zur Herstellung des zum Betriebe der Brauerei errichteten Gebäudes eingefügt seien. Unter Gegenständen, die zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt werden, sind allerdings nicht ausschließlich Baumaterialien zu verstehen. Nach den Mot. zu § 783 Entw. I (§ 94 Abs. 2 d. Ges.) Bd. 3 S. 44 wurde es abgelehnt, wie im § 286 des sächs. GB. als Bestandteile eines Gebäudes nur die Baumaterialien zu bezeichnen, also die zur Herstellung des Gebäudes als solchen notwendigen Gegenstände, weil der Begriff der Baumaterialien schwer zu begrenzen sei, unter Umständen recht zweifelhaft sein könne, ob Türen, Fensterflügel u. dgl. unter ihn fielen; durch die gegebene Vorschrift sollten alle zur Herstellung des Gebäudes verwendeten und zu seiner dauernden Bildung bestimmten Gegenstände betroffen werden. Aber zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt ist ein Gegenstand, abgesehen von der erforderlichen Art der Einbringung zwischen andere Gebäudeteile, nur dann, wenn seine Einbringung dazu mitgewirkt hat, daß das ihn als Gebäudestück in sich schließende Gebäude als Baulichkeit hergestellt wurde. Diese Voraussetzung ist hier für die Tanks und Bottiche im Verhältnis zu dem Gebäude, in dem sie sich befinden, nicht gegeben. Sie sind im Innern des Gebäudes aufgestellt und diese Aufstellung hat nicht dazu mitgewirkt, daß das Gebäude als Baulichkeit hergestellt worden ist. Das OLG. meint augenscheinlich, der Begriff des Gebäudes im § 94 Abs. 2 BGB. umfasse auch ein für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtetes Gebäude i. S. des § 98 BGB., die Tanks und Bottiche seien hier Einrichtungsgegenstände hinsichtlich des zum Betriebe der Brauerei eingerichteten Gebäudes, des Brauhauses, und daher seien sie zur Herstellung des Brauhauses eingefügt. Diese Auffassung ist unzutreffend. Ein eingerichtetes Gebäude i. S. des § 98 BGB. kann allerdings zusammen mit den Einrichtungsgegenständen eine einzige Sache bilden und es können auch die Einrichtungsgegenstände wesentliche Bestandteile des Ganzen sein, nämlich in ersterer Hinsicht, wenn die Einrichtungsgegenstände mit der Baulichkeit derart vereinigt sind, daß das Ganze ein einziger Körper (§ 90 BGB.) ist, und in letzterer Hinsicht, wenn die Voraussetzungen des § 93 BGB. vorliegen. Aber auch in diesem Falle sind die Einrichtungsgegenstände nicht i. S. des § 94 Abs. 2 BGB. zur Herstellung des Gebäudes, der Baulichkeit als solcher, eingefügt. Das eingerichtete Gebäude ist vielmehr, auch wenn es eine einzige Sache bildet, hinsichtlich des Umfangs der Bestandteile und hinsichtlich der Erfordernisse für die Eigenschaft der Bestandteile als wesentlicher eine anders geartete Sache wie das im § 94 Abs. 2 BGB. gemeinte Gebäude, das nur die zu seiner Herstellung eingefügten Gegenstände als wesentliche Bestandteile in sich schließt (RG. in JW. 1911 S. 574 Nr. 4, Warneyer Rspr. 1913 Nr. 80). Ferner sind die Tanks und Bottiche nicht Einrichtungsgegenstände in dem Sinne, daß sie wegen dieser Eigenschaft ohne weiteres als Teile des zum Brauereibetriebe dauernd eingerichteten Gebäudes zu gelten hätten. Sie sind zum Betriebe der Brauerei bestimmte Gerätschaften. Stehen solche Gerätschaften zu dem Brauereigebäude in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse, so sind sie nach §§ 97, 98 BGB. Zubehör, wenn sie nicht Bestandteile des Brauereibetriebes sind. Bestandteile aber sind solche Gerätschaften nur dann, wenn sie mit dem Brauereigebäude derart vereinigt sind, daß das Ganze ein einziger körperlicher Gegenstand ist und sie Teile, Stücke dieses Körpers sind. Hiervon geht auch der Berufungsrichter bei Darlegung seines ersten Entscheidungsgrundes aus, der sich nicht auf § 94 Abs. 2 BGB. stützt. Nicht beizustimmen aber ist seiner Ansicht, daß hier die Tanks und Bottiche nach ihrem Zweck und nach der Art ihrer Einbringung in das Brauereigebäude mit diesem zusammen eine einzige Sache bildeten und daher Bestandteile dieser Sache seien. Die Zweckbestimmung ergibt nicht, daß die Tanks und Bottiche Bestandteile, nicht Zubehör der Brauereisache sind. Denn auch als Zubehör sind sie zum Betriebe der Brauerei bestimmt. Ebensowenig folgt die Bestandteilseigenschaft daraus, daß die Tanks und Bottiche sich im Innern des Brauereigebäudes befinden, da sie gerade auch zufolge dieser Einbringung in einem solchen räumlichen Verhältnisse zu der Brauereisache stehen, wie es Voraussetzung für die Annahme ihrer Zubehöreigenschaft ist. Für die Frage, ob hinsichtlich eines für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes die zu dem Betriebe bestimmten Gerätschaften Zubehör oder Bestandteile sind, ist vielmehr, wie in zahlreichen Entscheidungen

ausgesprochen wurde (vgl. JW. 1911 S. 532 Nr. 2, 1912 S. 128 Nr. 1; Warneyer Rspr. 1909 Nr. 58, 59; 1910 Nr. 97, 190; 1913 Nr. 80), entscheidend, ob sie selbständige bewegliche Gegenstände geblieben sind, auch nachdem sie zu dem eingerichteten Gebäude hinzugebracht wurden, oder ob sie ihre körperliche Selbständigkeit derart verloren haben, daß sie nur noch als Sachteile, als Stücke des etwa einen einzigen körperlichen Gegenstand bildenden eingerichteten Gebäudes in Betracht kommen. Hier sind die Tanks und Bottiche nicht unselbständige Stücke des Brauereigebäudes, sondern selbständige bewegliche Gegenstände. Sie stehen frei in Räumen des Gebäudes auf eisernen Füßen und eisernen Schienen, die mit dem Boden nicht verbunden sind. Daß sie, um ihnen eine größere Standhaftigkeit zu geben, durch eine 2 cm starke Zementschicht mit den Unterlagen verbunden worden sind, nimmt ihnen die körperliche Selbständigkeit ebensowenig, wie daß bei ihrer Entfernung aus den Räumen, in denen sie sich befinden, Oeffnungen in den Wänden hergestellt und einige Veränderungen in der Einrichtung der Räume vorgenommen werden müßten, weil sie wegen ihres großen Umfangs durch die Eingangstüren nicht hinausgeschafft werden könnten und weil der Art ihrer Aufstellung die Einrichtung der Räume entspricht. Sie sind auch nach der Einbringung für sich bestehende bewegliche Sachen, eben Tanks und Bottiche, geblieben. Das Brauereigebäude und sie bilden nicht einen einzigen körperlichen Gegenstand, sondern eine Mehrheit selbständiger, nur für den Zweck des Brauereibetriebes zusammengebrachter Sachen, also m. a. W. nicht eine einzige Sache, sondern nur eine wirtschaftliche Einheit, und zwar in der Weise, daß die Tanks und Bottiche Zubehör der Brauhaussache sind. Der Berufungsrichter betont zwar wiederholt, nach der Verkehrsauffassung sei das Ganze eine einzige Sache. Jedoch ist, da das OLG. über das Bestehen einer Verkehrsauffassung keine Ermittelungen angestellt hat, unter der genannten Verkehrsauffassung nichts anderes zu verstehen als die Anschauung des OLG. Diese aber ist vor allem deswegen irrig, weil eine Mehrheit von Sachen nur aus dem Grunde als eine einzige Sache erachtet wird, daß sie gemeinsam dem Zwecke eines gewerblichen Betriebes dienen und die eine Sache sich im Innern der anderen befindet. (Urt. des V. ZS. vom 3. Dezember 1913, V 180/13). ———n.

3239

II.

Schon die Möglichkeit der Häufung der Vertragsstrafen kann den Vertrag als sittenwidrig erscheinen lassen. Aus den Gründen: Nach der einwandfreien Auslegung des Berufungsgerichts trifft § 7 des Vertrags, wonach der Beklagte bei Nichterfüllung der im Vertrage von ihm übernommenen Verpflichtungen für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung eine sofort fällige Vertragsstrafe von 20000 *M* zu entrichten hat, ohne daß die Klägerin einen Schaden nachzuweisen braucht, sämtliche in den §§ 1—6 genannten Verpflichtungen. Die Unsittlichkeit der Strafberedung wird nicht etwa nur in der ungewöhnlichen Höhe der Strafe erblickt, die das Jahreseinkommen des Beklagten erheblich überstieg. Es kommt noch etwas Weiteres hinzu, nämlich der Umstand, daß die Strafe für jeden einzelnen Uebertretungsfall nicht nur des Wettbewerbsverbots, sondern aller einzelnen Vertragsverpflichtungen vereinbart worden ist. Das genügt nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. RG. 68, 229; JW. 13, 319[5]). Daß in dem ersten dieser beiden Fälle zu der außerordentlich hohen Vertragsstrafe noch die Verpflichtung des damaligen Beklagten mittels Ehrenworts zum Schutze der bloßen Vermögensinteressen des damaligen Klägers hinzukam, ändert an der Sache nichts. Denn nicht erst in dem Hinzukommen der ehrenwörtlichen Verpflichtung hat der Senat den gegen § 138 Abs. 1 BGB. verstoßenden Umstand erblickt, sondern bereits in der Bestimmung, daß die hohe Strafe bei jeder Uebertretung der in dem damaligen Vertrage gegebenen höchst umfassenden und ins einzelne gehenden Verpflichtungen verwirkt sein solle. Ganz abgesehen davon läßt aber schon die bloße Möglichkeit der Strafenhäufung für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung die Bindung durch Vertragsstrafe als unsittlich erscheinen mit Rücksicht darauf, daß das Jahreseinkommen des Beklagten sich auf etwa 15000 *M* belief. Denn diese Möglichkeit hätte dahin führen können, daß der Beklagte der Klägerin in kurzer Zeit einen Betrag schuldig geworden wäre, der sein Jahreseinkommen ganz außerordentlich überstiegen und ihn wirtschaftlich zugrunde gerichtet hätte. Das widerspricht aber dem Gefühle aller gerecht und billig Denkenden. (Urt. d. III. ZS. vom 12. Dezember 1913, III 420/13). —a—

3220

III.

Es kann vereinbart werden, daß der Vorbehalt des Rechts auf die Vertragsstrafe bei der Erfüllungsannahme nicht erforderlich sein soll. Aus den Gründen: Nach § 341 Abs. 3 BGB. kann der die Erfüllung annehmende Gläubiger die Vertragsstrafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält. Ein solcher Vorbehalt ist von der Beklagten bei der Erfüllungsannahme nicht gemacht, er war aber auch nach § 5 des Werkvertrags nicht erforderlich. Die Bestimmung des § 341 Abs. 3 muß der Vereinbarung weichen, sie ist nicht zwingendes sondern nachgiebiges Recht. Sie dient dem Zwecke, Streitigkeiten darüber abzuschneiden, ob in vorbehaltloser Annahme ein Verzicht auf die Vertragsstrafe gefunden werden muß. Solchen Streitigkeiten ist aber von vornherein der Boden entzogen, wenn vertragsmäßig feststeht, daß dem Mangel des Vorbehalts die Bedeutung eines Verzichts nicht zukommen kann. Die Vertragsbestimmung läuft also dem Gesetzeszwecke nicht zuwider. In der Begründung zu § 421 des Entwurfs eines BGB. ist auch ausdrücklich gesagt, daß die Gesetzesvorschrift nur insoweit Anwendung finde, als nicht Vertragsvereinbarungen entgegenstehen. (Für die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen vgl. auch Planck Erl. 2 Abs. 2, Oertmann Anm. 3 d zu § 341 BGB., Staub-Könige Anm. 33 zu § 348 HGB.). (Urt. des III. ZS. vom 20. Januar 1914, III 418/13). —a—

3221

IV.

Umfang der Ueberwachungspflicht des Hauseigentümers, der sein Haus im ganzen vermietet hat. Die Beklagte hatte ihr Haus im ganzen vermietet, bei den ihr vertragsmäßig obliegenden Herstellungsarbeiten war ein lose auf dem Flur stehender Heizkörper vom Platze bewegt worden, war umgefallen und hatte den Kläger, ein dort spielendes Kind, verletzt. Aus den Gründen: Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Sorge für die Verkehrssicherheit des Flurs vom Beginn des Mietverhältnisses an auf den Mieter ausschließlich übergegangen sei, trifft nicht zu. Allerdings geht regelmäßig beim Mieten eines ganzen Hauses auch der Besitz an den Treppen und Fluren und damit die Sorge für ihre Verkehrssicherheit auf den Mieter über, da nur ihm die Verfügungsbefugnis über die Räume und die Bestimmung über den Verkehr im Hause zusteht. Ob jedoch daneben noch dem Vermieter mit Rücksicht auf seine Verpflichtung, den Mietsgegenstand dauernd in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erhalten, eine gewisse Pflicht zur Ueberwachung des Zustandes von Treppen und Fluren verbleibt und ob nicht schon aus diesem Grunde der Flur im Mitbesitze der Be-

klagten geblieben ist, kann hier auf sich beruhen. Denn ein Mitbesitz der Beklagten und eine Pflicht zur Ueberwachung des Flurs folgt schon aus der Tatsache, daß die Beklagte die Vornahme der Anstreicher- und Tapeziererarbeiten im Flur dem Mieter gegenüber vertraglich übernommen hatte und zur Zeit des Unfalls noch ausführen ließ (wird näher dargelegt). (Urt. des III. ZS. vom 5. Dezember 1913, III 373/13).
3222 — a —

V.

Anforderungen an die Beleuchtung bei einer kleinstädtischen Gastwirtschaft. Aus den Gründen: Der Wirt hat zwar für die hinreichende Beleuchtung der Gastwirtschaftsräume und ihrer Zugänge zu sorgen und haftet bei schuldhaftem Verstoß gegen diese Pflicht allen dort Verkehrenden nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen und seinen Gästen gegenüber auch aus dem Gastaufnahmevertrage. In welchem Maße die Beleuchtung stattfinden muß, darüber lassen sich nicht allgemein geltende Grundsätze aufstellen. Insbesondere ist der vom OLG. aufgestellte Grundsatz zu beanstanden, die Beleuchtung müsse so hell sein, daß alle im Wege befindlichen Hindernisse ohne Anstrengung vom Gast erkannt werden könnten. Für das Maß der Beleuchtung bildet die Anschauung des Verkehrs die Richtschnur. Hiernach sind bei kleineren, insbesondere auch bei ländlichen und kleinstädtischen Wirtschaften im allgemeinen geringere Anforderungen an die Beleuchtung der Zugänge zu den Wirtschaftsräumen zu stellen, weil sich die an geringere Beleuchtung gewöhnte Bevölkerung mit größerer Sicherheit und Geschicklichkeit im Dunkeln fortzubewegen versteht, als der an ein helles Licht gewöhnte Großstädter. Die Beleuchtung der Wirtshauseingänge soll dazu dienen, den Wirtshausbesuchern einen sicheren und gefahrlosen Verkehr zur Wirtschaft und aus der Wirtschaft zu ermöglichen. Je größer die Verkehrshindernisse im Flur sind, wie z. B. unverschlossene Türen, durch die man in den Keller stürzen kann, Stufen, die man nicht vermutet, Läufer, über die man stolpern kann, oder im Flur aufgestellte Gegenstände, desto heller muß die Beleuchtung sein. Hier kommt in Betracht, daß B. ein kleiner Ort von 7000 Einwohnern ist, daß es sich um eine kleine Wirtschaft handelt. — Dazu kommt, daß der die Wirtschaft verlassende Kläger beim Oeffnen der Gastzimmertür zunächst durch das Licht des Gastzimmers seinen Weg beleuchtet fand, und daß er sich über den Hausausgang und die einzuschlagende Richtung nicht im Unklaren befinden konnte, weil durch die geöffnete Haustür das Licht der Straßenlaterne zum Flur hereinschien. Da sich Verkehrshindernisse im kleinen Flur nicht befanden und mit dem Vorhandensein weggeworfener Fruchtreste im Hausflur auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht gerechnet werden konnte, genügte unter den gegebenen Verhältnissen die vorhandene Beleuchtung (Gastzimmerlicht, Straßenlaterne), um gefahrlos den Ausgang zur Haustür zu gewinnen. (Urt. des III. ZS. vom 22. Dezember 1913, III 361/13). — a —
3226

VI.

Haftung des Vermieters für einen Unfall des Mieters infolge Eisbildung auf dem bei starker Kälte naß aufgewischten Treppenlinoleum. Aus den Gründen: Die Beklagte hatte ... die Verpflichtung, durch geeignete Maßregeln der in der Eisbildung liegenden Gefahr vorzubeugen. Die Sorgepflicht des Hauseigentümers und Vermieters für den verkehrssicheren Zustand der dem Verkehr, insbesondere der Mieter, zur Benutzung freigegebenen Zugänge richtet sich nach den einzelnen Umständen, auch nach den Zeitverhältnissen. Wie er außerhalb des Hauses bei Glatteis zu streuen verbunden ist, ebenso hat er dafür zu sorgen, daß sich innerhalb des Hauses kein das Gehen gefährdendes Eis bilde. Eine Eisbildung auf den Treppen eines Hauses, namentlich auf einem ohnedies glatten Linoleum, ist für den Besucher gefährlicher als eine solche auf dem Bürgersteige. Bei Anwendung einiger Sorgfalt konnte die Beklagte auch erkennen, daß die von ihr gebilligte Behandlung des Linoleums bei strenger Kälte mangelhaft sei und die Gefahr der Eisbildung und damit der Verletzung von Hausbesuchern in sich schließe. Die bei solcher Sachlage gebotenen Maßregeln hatte sie von sich aus in Ausübung ihrer Sorgepflicht zu treffen. Sie durfte sich nicht darauf verlassen, daß ihre Magd der Kälte Rechnung tragen und in Abänderung der gewohnten Handhabung das Richtige vornehmen werde. (Urt. des III. ZS. vom 3. Januar 1914; III 410/13). — a —
3225

VII.

Beamtenhaftung des Notars, der die Erfüllung ihm persönlich obliegender Pflichten seinem Sekretär überlassen hat. Aus den Gründen: Die Verantwortung des beklagten Notars folgt hier aus § 839 BGB. unmittelbar und hängt nicht davon ab, daß der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz erlangen kann. Der Notar hat die ihm kraft seines Amtes obliegenden Pflichten in eigener Person zu erfüllen. Zu diesen Pflichten aber gehört, daß er sich bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts vergewissert, daß der Inhalt der Urkunde dem wahren Willen des Erklärenden entspricht, daß dieser sich der Bedeutung der beurkundeten Erklärung voll bewußt ist. Diese Ueberzeugung muß sich der Notar persönlich verschaffen. Wenn er sich auch zur Vorbereitung der Verhandlung seiner Gehilfen bedienen darf, so bleibt er doch verpflichtet, persönlich festzustellen, daß seine Gehilfen sachgemäß und erschöpfend den Willen der Erschienenen erkundet und sie belehrt haben. Nur ausnahmsweise, bei einfacher Sachlage, oder wenn die Erklärenden rechts- und geschäftskundige Personen sind, wird hierzu die einfache Verlesung der von dem Gehilfen entworfenen Urkunde genügen. Hier war das Verfahren des Notars unzulässig. Es handelte sich um die Beurkundung von drei miteinander zusammenhängenden Rechtsgeschäften keineswegs einfacher Art, und die Kläger waren Landleute, bei denen er keine besondere Rechts- und Geschäftskenntnis voraussetzen konnte. Gleichwohl hat der Beklagte die ganze Vorbereitung der Verhandlung, die Erkundung des Willens der Vertragschließenden und die Erteilung der gebotenen Auskunft seinem Sekretär überlassen, selbst mit den Klägern überhaupt nicht verhandelt und sich darauf beschränkt, das vorbereitete Protokoll zu verlesen. Er hat es unterlassen, sich davon zu überzeugen, ob die Kläger wußten, welche Bedeutung ein anhängiger Rechtsstreit für die ihnen abgetretene Hypothek haben könne, und ob sie Kenntnis hatten von dem bei der Hypothek eingetragenen Sperrvermerk. Dieses Verhalten mag dadurch veranlaßt sein, daß er meinte, sich auf seinen Sekretär verlassen zu können. Aber es verstieß gegen die Pflicht, die ihm sein Amt auferlegte, und es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß er diese seine Pflicht, persönlich den wahren Willen der Vertragschließenden festzustellen, kannte, daß er sich also bewußt war, nicht den Pflichten seines Amtes gemäß zu handeln. Es fällt ihm also nicht nur Fahrlässigkeit zur Last. Ein bewußtes Zuwiderhandeln des Beamten gegen die ihm Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht genügt, um seine unmittelbare nicht bloß subsidiäre Verantwortung zu begründen. Es ist hierzu nicht etwa das Bewußtsein erforderlich, daß durch diese Pflichtverletzung ein Schaden für den Dritten entstehen könne. Es ist auch eine unabweisbare Forderung, daß der zum persönlichen Handeln verpflichtete Beamte unbeschränkt für allen Schaden einstehen muß, der dadurch entsteht, daß er

anderen zu tun überläßt, was er selbst zu tun verpflichtet war. Der Notar, der sich zur Erfüllung der ihm obliegenden Amtspflicht eines Gehilfen bedient, tut dies auf seine Gefahr und Verantwortung, ohne den Verletzten auf die Möglichkeit eines anderweiten Ersatzes verweisen zu können. (Urt. des III. ZS. vom 19. Dezember 1913; III 419/13). — a —

3228

VIII.

Abänderung eines durch Beweisbeschluß festgestellten Eides ohne mündliche Verhandlung. Wirkung des geleisteten Eides. Aus den Gründen: Das BG. durfte für die Beklagten durch Beweisbeschluß folgenden Eid feststellen: „es ist nicht wahr, daß ich dem Kläger eine Provision für den Nachweis eines Käufers oder eines Verwertungsinteressenten hinsichtlich des . . Geländes . . versprochen habe," da die Parteien ausweislich der Eideszuschiebung und der Eidesannahme über Norm und Erheblichkeit des Eides einig waren und der Eid ein selbständiges Angriffsmittel des Klägers enthielt. Es unterliegt auch keinem Bedenken, daß das BG. auf Antrag der Beklagten aus der Eidesnorm die Worte „eines Käufers oder" strich. Abgesehen davon, daß sich hierdurch die Lage des Klägers nicht verschlechterte, war die Abänderung nach § 469 ZPO. zulässig. Denn da die Beklagten für den Fall des Nachweises eines Käufers durch den Kläger diesem einen Provisionsanspruch ohne weiteres zubilligen wollten, handelte es sich bei der Streichung der drei Worte um die Berichtigung eines nach der derzeitigen Prozeßlage unerheblichen Umstandes. Zuzugeben ist dem Kläger, daß die Veränderung der Eidesnorm ohne vorherige mündliche Verhandlung einen Verstoß des BG. gegen §§ 360, 128 ZPO. enthielt. Deshalb sind zunächst durch die Eidesleistung der Beklagten die im § 463 ZPO. angegebenen Wirkungen nicht eingetreten, da die Voraussetzung für die Leistung des veränderten Eides, nämlich ein ordnungsmäßiger Beweisbeschluß, nicht vorlag. Diese Grundlage wurde aber vom BG. nachträglich geschaffen, indem es auf die Prozeßrüge des Klägers nach mündlicher Verhandlung die durch den früheren Beschluß angeordnete Aenderung billigte. Hierin ist nicht der vom BG. begangene Verstoß nachträglich gutgeheißen, vielmehr ist damit ein den Erfordernissen des § 461 ZPO. entsprechender Beschluß unter Wahrung der Vorschriften über die mündliche Verhandlung gefaßt worden. Das BG. hat aber auch richtig damit gehandelt, daß es nicht nochmals die Eidesleistung anordnete. Es müssen hier ähnliche Grundsätze Platz greifen, wie wenn zunächst ein in unzulässiger Weise durch Beweisbeschluß normierter Eid abgeleistet ist und sich schließlich herausstellt, daß die Norm des bereits geleisteten Eides für die Endentscheidung maßgebend sein muß. Für diesen Fall hat sich eine ständige Rechtsprechung mit Recht gegen die nochmalige Leistung des Eides ausgesprochen. Diese würde auf einen mit der Heiligkeit des Eides unvereinbaren Formalismus hinauslaufen. Für den Gegner des Schwurpflichtigen fehlt es auch schon deshalb an einem vernünftigen Grunde für die Wiederholung des Eides, weil die Vorschriften des Strafgesetzbuchs über die Verletzung der Eidespflicht und die Bestimmungen der ZPO. über die Anfechtung eines Urteils wegen einer solchen Verletzung auch auf einen Parteieid Anwendung finden, dessen Auferlegung nach den sachlichen oder prozessualen Bestimmungen nicht zulässig war. (Urt. des III. ZS. vom 22. Dezember 1913, III 362/13).

3227 — a —

IX.

Wenn in einem Zwangsvergleich der Gläubiger ausdrücklich auf den Teil seiner Forderung verzichtet, für den er in dem Zwangsvergleiche keine Deckung erhält, so verliert er damit für diesen Teil der Forderung die Rechte aus einer für sie bestehenden Hypothekvormerkung. Haftung des Rechtsanwalts, der als Vertreter des Gläubigers einem solchen Zwangsvergleiche zustimmt. Aus den Gründen: Die beklagten Rechtsanwälte, denen die Vertretung eines Gläubigers im Konkurs übertragen war, werden aus dem Dienstvertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, nach §§ 675, 276 BGB. auf Ersatz des durch schuldhafte Pflichtverletzung verursachten Schadens in Anspruch genommen; für etwaiges Verschulden des von ihnen mit der Vertretung im Zwangsvergleichstermine betrauten Referendars haften sie nach § 278 BGB. Es kommt lediglich darauf an, ob die vorbehaltlose Zustimmung zu dem Zwangsvergleichsvorschlage sie zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schaden besteht darin, daß der Kläger sich für den durch die Vergleichssumme nicht gedeckten Betrag seiner Forderung nicht mehr auf Grund der Vormerkung aus dem Grundstücke befriedigen kann. Nach dem Reichsgerichtsurteile vom 15. November 1911 — abgedruckt in Entsch. 77, 403 — ist dieser Schaden durch jene Zustimmung verursacht. Dieses im Löschungsrechtsstreit ergangene Urteil des V. ZS. schafft nicht Rechtskraft gegenüber den Beklagten, seinen Ausführungen ist aber durchweg beizutreten. Sie gehen, der herrschenden Meinung folgend (vgl. Jaeger, KO. [4] § 173 Anm. 8), von der Vertragsnatur des Zwangsvergleichs aus. Der Zwangsvergleichsvertrag, so wird dargelegt, könne die Ausnahmevorschrift des § 193 Satz 2 KO. ändern. Hier habe er den Inhalt gehabt, daß die Gläubiger 20 v. H. ihrer Forderungen erhalten und auf den Rest verzichten sollten. Der (jetzige) Kläger habe innerhalb des Zwangsvergleichsverfahrens keinen Vorbehalt gegenüber den anderen Konkursgläubigern, dem Gläubigerausschuß oder dem Konkursgerichte gemacht. Der Inhalt des Vertrags, der die Vermutung der Vollständigkeit für sich habe, entscheide, vorherige Beredungen mit dem Gemeinschuldner seien ohne Bedeutung. Zudem sei der Gemeinschuldner nicht der einzige Vertragsbeteiligte neben dem (jetzigen) Kläger gewesen, vielmehr hätten daran auch die übrigen Konkursgläubiger teilgenommen. Sie hätten von einem stillschweigenden Vorbehalt des Absonderungsrechts keine Kenntnis gehabt, der Vorbehalt hätte aber, um wirksam zu werden, ihnen kundgegeben werden müssen. Durch den bestätigten Zwangsvergleich habe der (jetzige) Kläger endgültig und vorbehaltlos auf den Rest seiner Forderung verzichtet, für eine nicht bestehende Forderung könne auch keine Vormerkung in Kraft bleiben. Die Richtigkeit dieser Begründung unterliegt keinem Zweifel. Durch die Vormerkung hatte der Kläger ein — durch das Bestehen des gesicherten Anspruchs bedingtes — Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke, also ein Absonderungsrecht erlangt (RG. 78, 71). Es kommt nicht ein Verzicht auf das Recht aus der Vormerkung in Frage (dieser hätte der Form des § 1168 Abs. 2 bedurft), sondern ein Verzicht auf die Forderung, der den Wegfall der Forderung und damit der zu ihrer Sicherung eingetragenen, mit ihr stehenden oder fallenden, Vormerkung zur Folge hatte. Wie zu entscheiden wäre, wenn der Kläger nicht — durch vorbehaltlose Zustimmung — ausdrücklich auf seinen Forderungsrest verzichtet hätte, läßt der V. Senat mit Absicht unerörtert, es braucht auch hier nicht untersucht zu werden. Im Regelfalle läßt ja der die Zahlungspflicht auf einen Teil der Forderung beschränkende Zwangsvergleich ein unvollständiges Recht, eine natürliche Verbindlichkeit übrig, die eine genügende Grundlage bildet für die Fortdauer von Pfandrechten, Hypotheken, Vormerkungen (JW. 1910 S. 29 [53] und Urt. I 490/03 vom 8. Februar 1904, Jaeger Anm 5 zu § 193 KO.); doch kann selbstverständlich der Gläubiger auch seine Rechte aus der natürlichen Verbindlichkeit aufgeben, und das geschieht durch den ausdrücklichen Verzicht auf den Forderungsrest. Das angefochtene Urteil nimmt an, daß die schadenverursachende vorbehaltlose Zustimmungser-

klärung den Beklagten nicht zum Verschulden gereiche; der dagegen gerichtete Revisionsangriff ist begründet. Der Rechtsanwalt hat bei Wahrnehmung der Rechte des Dienstberechtigten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Dazu gehört, daß er die vom Auftraggeber oder für ihn zur Wahrung dieser Rechte abzugebenden Willenserklärungen sorgfältig auf ihre Tragweite prüft, ihre möglichen Folgen durchdenkt und sorgsam auf Grund der Rechtskenntnis abwägt, die der Auftraggeber befugt war bei ihm vorauszusetzen. Das LG. begründet nun die Klagabweisung damit, es sei immer Frage des Einzelfalls, wieweit die Teilnahme eines Absonderungsgläubigers an der Schließung des Zwangsvergleichs als ein Verzicht auf das dingliche Recht anzusehen sei. Die Beklagten hätten so wenig wie der Kläger einen Verzichtswillen gehabt und hätten ohne Verschulden annehmen können, daß alle Beteiligten mit dem Vorbehalt des Absonderungsrechts einverstanden seien. Das OLG. fügt hinzu, daß nach einer früheren Rechtsprechung des RG.s es Sache tatsächlicher Würdigung des Einzelfalls sei, ob ein Verzicht auf das Absonderungsrecht angenommen werden könne. In den einschlägigen Entscheidungen ist jedoch untersucht, ob bestimmte Handlungen der Gläubiger (Geltendmachung der ganzen Forderung — nicht bloß des Ausfalls — als Konkursforderung, Abstimmung mit der ganzen Forderung, Empfangnahme des auf die ganze Forderung fallenden Vergleichsbetrages) als Verzicht aufzufassen sind (so in RG. 37, 17 VI 205/1907; 16, 70; JW. 1896, 35 [26]; 1900, 344 [18], II 311/04, V 6/1900; RG. 64, 425). In der Begründung zum Gesetz vom 17. Mai 1898 betr. Aenderung der KO. heißt es auf Seite 45: „Der Frage, wiefern die Teilnahme des Gläubigers an der Schließung des Zwangsvergleichs als Verzicht auf das dingliche Recht anzusehen ist, wird durch die Bestimmung — jetzt § 193 S. 2 — nicht vorgegriffen." Alles dies kommt hier nicht in Betracht, es handelt sich nicht darum, ob durch schlüssige Handlungen die Beklagten auf das Absonderungsrecht, richtiger: auf den ganzen Forderungsrest, verzichtet haben; sie haben vielmehr darauf ausdrücklich verzichtet. Beim ausdrücklichen Verzicht ist kein Raum für die beim Verzicht durch schlüssige Handlungen notwendige tatsächliche Würdigung des Einzelfalls; die vom OLG. angeführte Rechtsprechung des RG., die sich mit dem ausdrücklichen Verzichte nicht beschäftigt, kann keinen Anhalt bieten für die Meinung der Beklagten, daß das Absonderungsrecht fortbestehe. Sie konnten bei sorgfältiger Prüfung der gesetzlichen Vorschriften, insbesondere der §§ 64, 193 KO. und der §§ 648, 883 BGB., unter Beachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht verkennen, daß durch den ausdrücklichen Verzicht die Forderung und durch die Vernichtung der Forderung das Recht aus der Vormerkung erlischt, und mußten die Frage, ob das Absonderungsrecht vorbehalten sei, verneinen. Die Ausführungen des V. ZS. geben nicht etwa neue Rechtsgrundsätze. Daß der Zwangsvergleich ein Vertrag ist, entspricht, wie bemerkt, der herrschenden Meinung. Daß Vertragschließende nicht der Gemeinschuldner und der einzelne Gläubiger, sondern der Gemeinschuldner und alle Konkursgläubiger sind, ergibt sich aus dem Wesen des Zwangsvergleichs und der Notwendigkeit grundsätzlicher Gleichstellung aller Konkursgläubiger (§ 181 KO.). Endlich ist die entscheidende Bedeutung der schließlichen Vertragsgestaltung gegenüber vorherigen Beredungen durch die Rechtsprechung längst geklärt (RG. 52, 26). Nach alledem haben die Beklagten fahrlässig gehandelt, wenn sie bei der Zustimmung zum Zwangsvergleiche von der Meinung ausgegangen sind, das Absonderungsrecht sei dem Kläger in rechtswirksamer Weise vorbehalten. Bei der den Beklagten obliegenden Prüfung handelt es sich nicht um rechtlich zweifelhafte Fragen, denen gegenüber die Beklagten ohne Verschulden sowohl der einen als der anderen Meinung hätten folgen können. Ueber die Wirkung des ausdrücklichen Verzichts bestehen keine verschiedenen Ansichten; die Beklagten haben darin gefehlt, daß sie seine Bedeutung nicht beachtet oder rechtlich unzutreffend bewertet haben. Ob ihr ursächliches Verschulden mehr oder weniger schwer wiegt, kommt für die Frage nach ihrer Haftung nicht in Betracht. Der Umstand, daß im Löschungsrechtsstreit das OLG. das Absonderungsrecht als fortbestehend angenommen und dem ausdrücklichen Verzichte nicht die ihm zukommende Bedeutung beigemessen hat, mag für den Grad des Verschuldens der Beklagten bezeichnend sein, beseitigt aber selbstverständlich ihr Verschulden nicht. Unter diesen Umständen kann unerörtert bleiben, ob die Beklagten als vorsichtige Rechtsanwälte nicht schon, um dem Kläger nicht die Gefahr einer ungünstigen Entscheidung aufzubürden (Urt. III 231/98, III 651/1909), der Möglichkeit einer anderen Meinung als der ihrigen Rechnung tragen und den Vorbehalt hätten aussprechen lassen müssen. (Urt. des III. ZS. vom 4. November 1913, III 266/1913). E.

3214

X.

Ist der § 406 BGB. anwendbar, wenn im Verteilungsverfahren der Zwangsversteigerung die Forderung gegen den Ersteher auf die Gläubiger übertragen wird? Aus den Gründen: Dem OLG. muß zugegeben werden, daß die Regel des § 406 BGB., wonach der Schuldner eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen kann, auf den Fall der Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher nicht unmittelbar angewendet werden kann, und daß es sich bei dieser Uebertragung auch nicht um einen Fall der Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes i. S. des § 412 BGB. handelt. Allein dem § 406 liegt, wie dem § 404 BGB., der allgemeinere Rechtsgedanke zugrunde, daß die Rechtslage des Schuldners durch die Abtretung nicht verschlechtert werden darf, insbesondere auch nicht mit Bezug auf die Möglichkeit, mit seinen Forderungen an den bisherigen Gläubiger gegen die abgetretene Forderung aufzurechnen. Und dieser Rechtsgedanke darf und muß auf den Fall einer Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher zur Vermeidung einer unbilligen Rechtsverkürzung wenigstens dahin angewendet werden, daß dem Ersteher eine Aufrechnungsmöglichkeit nicht dadurch entzogen werden kann, daß die Forderung anstatt auf den eigentlich Berechtigten auf Grund einer unwirksamen Abtretung an den Abtretungsempfänger übertragen wird. Hier insbesondere ist Folgendes zu erwägen:

Allerdings konnte der Kläger (der Ersteher), solange und soweit der Beklagte A. über die Forderung gegen ihn nicht durch Uebertragung gemäß § 118 ZVG. die Verfügungsmacht erlangt hatte, auch diesem Beklagten gegenüber nicht aufrechnen, dies auch dann nicht, wenn man in dem an die Stelle der Eigentümergrundschuld getretenen Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse ein Pfandrecht an der Erlösforderung gegen den Kläger als Ersteher erkennt und mit dem VII. ZS. des Reichsgerichts (RGZ. 57, 108) annimmt, daß der Schuldner einer verpfändeten Forderung an sich berechtigt ist, dagegen mit Forderungen aufzurechnen, die ihm gegen den Pfandgläubiger zustehen. Immerhin aber hatte er die rechtlich begründete Aussicht, demnächst A. gegenüber aufrechnen zu können, weil die Forderung (in der vollen Höhe der Eigentümergrundschuld) nach § 118 an diesen als den Berechtigten zu übertragen war. Durch die zu Unrecht erfolgte Uebertragung auf den Beklagten W. als vermeintlichen Rechtsnachfolger des A. würde ihm diese Aufrechnungsmöglichkeit entzogen sein. Darf aber durch die Uebertragung einer Forderung die Rechtslage des Schuldners nach dem dem § 406 zugrunde liegenden Rechtsgedanken, insbesondere hinsichtlich der Aufrechnungsmöglichkeit

nicht verschlechtert werden, so muß dem Kläger die Möglichkeit offengelassen sein, mit seinen Forderungen an A. gegen die übertragene Forderung auch dem Beklagten W. gegenüber aufzurechnen. — Die Ausnahmen, die der § 406 in seinem zweiten Teile von der Regel in seinem ersten Teile macht, begründen nach dem vorliegenden Sachverhalt keine Einschränkung. (Urt. des V. ZS. vom 20. Dez. 1913, V 201/13). ——— n.

3234

B. Strafsachen.

I.

Verschnitt von Traubenmaische mit Wein oder Most. Aus den Gründen: Die Vermischung der vollen Traubenmaische mit Wein oder Most ist nach der Entsch. Bd. 45 S. 215 ein nach § 2 WeinG. erlaubter Verschnitt und nicht ein nach § 4 WeinG. verbotener Zusatz von Stoffen. Auch solche Traubenmaische, die bereits einen Teil der Brühe abgegeben hat, sonach aus teilweise entmosteten Trauben besteht, ist zum Verschnitt mit Wein oder Most verwendbar. Offengelassen wurde bisher, ob und bis zu welcher Grenze der Entmostung den Bestandteilen der frischen Traube die Eigenschaft erhalten bleibt, als natürliches Erzeugnis des Weinstocks innerhalb der Kellerbehandlung zur Weinbereitung noch weiter ausgenützt zu werden. Für die Entmostung der frischen Traube sind an sich keine Grenzen gezogen; wie sie grundsätzlich mit allen ihren safthaltigen Bestandteilen den Ausgangsstoff zur Weinbereitung bildet, so müssen diese Bestandteile sämtlich zur Gewinnung des Safts grundsätzlich bis zur äußersten Grenze bei der Mostgewinnung herangezogen werden können. Die Rücksicht auf die Beschaffenheit des zu erzeugenden Weins mag zu Einschränkungen nötigen, das Gesetz fordert diese nicht. Vom Standpunkt des Gesetzes aus ist die Maische, die einen Teil des Safts ohne Pressung abgegeben hat, nicht weniger tauglich zur Mostgewinnung, als die volle Maische; und auch bei den folgenden Pressungen, deren Zweck es ist, den Saft aus allen Bestandteilen der Traube auszuscheiden, begründet es an und für sich keinen Unterschied, ob die Entmostung durch die vorausgehenden Pressungen schon mehr oder weniger fortgeschritten ist; auch die ausgepreßte Masse, die nur nach vorgängiger Auflockerung von neuem Saft auf Druck hergibt, steht grundsätzlich der vollen Maische gleich, soweit ihre Eigenschaft als zur Weinbereitung taugliches und verwendbares Erzeugnis des Weinstocks in Frage kommt. Solange also die Gewinnung von Saft durch die in der üblichen Kellerbehandlung eingeführten Mittel möglich bleibt, handelt es sich um die Bearbeitung der frischen Traube zur Gewinnung von Most. Die bearbeitete Masse ist, mindestens solange dies zutrifft, kein dem Wein oder Most wesensfremder Stoff, sie ist namentlich noch kein Rückstand der Weinbereitung. Wielange das der Fall ist, ob namentlich die Masse solange nicht als völlig entsaftet zu gelten hat, als mittels der in der Kellerwirtschaft eingeführten Hilfsmittel Traubensaft in solcher Menge, wie sie überhaupt praktisch noch in Betracht kommt, aus der Trestermasse zu holen ist, das braucht auch hier nicht erörtert zu werden. Denn die Urteilsgründe führen mehrfach an, daß die von dem Angeklagten verwendeten „Trester", nämlich die von den „Kämmen" befreiten Beeren, Schalen und Kerne, sonach safthaltige Teile der frischen Traube, noch feucht gewesen seien, und es ist betont, daß ihnen noch Traubensaft angehaftet habe. Hiernach ist es nicht aus § 4 WeinG. zu beanstanden, vielmehr vom Standpunkt des Gesetzes aus erlaubt, wenn der Angeklagte die erwähnten noch safthaltigen Bestandteile frischer Trauben dem aus diesen bereits zuvor gewonnenen Most zugesetzt hat. Wenn die „Trester", wie das Urteil die angeführten, in dem festgestellten Zustand befindlichen Bestandteile der Traubenmaische bezeichnet, während der zweitägigen Lagerung chemischen Veränderungen durch den Luftzutritt ausgesetzt waren, worauf in der Revisionsbegründung des Staatsanwalts hingewiesen wird, so steht diese Tatsache für sich allein ihrer Verwendbarkeit nicht entgegen. Solche natürliche Veränderungen der „Trester" würden — deren Verwendbarkeit als frische, safthaltige Trester im vorstehenden Sinne stets vorausgesetzt — nur dann von Bedeutung sein, wenn sie so durchgreifend und umgestaltend gewesen wären, daß aus diesem Grunde die „Trester" als verdorben oder sonst in ihrer Wesensart verändert und umgewandelt und deshalb als ein dem Wein fremder Bestandteil angesehen werden müßten. (Urt. des I. StS. vom 6. Nov. 1913, I D 592/13). ——— n.

3210

II.

Begriff des weinähnlichen Getränkes. Verwendung von Tamarindenmus bei der Herstellung eines weinähnlichen Getränkes. Aus den Gründen: Das LG. hat die Frage, ob das aus dem Mostersatzstoff hergestellte Getränk dem Wein derart ähnlich ist, daß es im Verkehr mit Wein verwechselt werden kann, offen gelassen, weil der Angeklagte auf Grund eines Gutachtens angenommen hat, daß der nach seinem Rezept hergestellte Mostersatz nicht mit Wein verwechselt werde, und ihm deshalb das Bewußtsein gefehlt hat, daß sein Mostersatzstoff zur Herstellung eines Getränkes verwendet werden könne, das Nachahmung von Wein sei. Diese Feststellung schließt die Bestrafung aus § 26 Abs. 1 Nr. 3 WeinG. aus, soweit der Vertrieb des Mostersatzstoffes in Betracht kommt. Das LG. hat sich allerdings auf den Nachweis beschränkt, daß dem Angeklagten der zu einem Vergehen gegen dieses Gesetz erforderliche Vorsatz insofern gefehlt hat, als er sich in Unkenntnis darüber befunden hat, daß das aus dem Mostersatzstoff hergestellte Getränk Eigenschaften aufweist, die es als nachgemachten Wein erscheinen lassen, und nicht geprüft, ob dieses Getränk weinähnlich ist und ob in der zu seiner Herstellung bestimmten Mischung Stoffe enthalten sind, die nach den Bestimmungen des WeinG. und der Ausführungsbestimmungen des BR. zur Herstellung weinähnlicher Getränke unzulässig sind. Dazu bot indes der Sachverhalt keinen Anlaß. Allerdings schließt der Umstand, daß der „Mostersatz", wenigstens nach der Vorstellung des Angeklagten, keine Nachahmung von Wein ist, nicht aus, daß er doch weinähnlich war, da nicht jedes weinähnliche Getränk eine Nachahmung von Wein zu sein braucht, wie sich aus § 10 WeinG. ergibt. Nach den Feststellungen hat der Angeklagte den Mostersatz als Ersatz für Obstmost oder Apfelwein angepriesen und der Sachverständige B. ihn als Nachahmung von Apfel- und Birnenwein bezeichnet, und deshalb liegt die Annahme sogar sehr nahe, daß er ein weinähnliches Getränk ist und der Angeklagte diese Eigenschaft gekannt hat. Aber selbst wenn dem so wäre, würde der Vertrieb des Mostersatzstoffes nicht nach § 26 Abs. 1 Nr. 3 WeinG. strafbar sein. Denn dadurch sollen bestimmte Verfehlungen gegen das WeinG. verhütet werden und zu dem Zweck ist der Vertrieb gewisser Stoffe verboten, die bei der im WeinG. geregelten Herstellung von Getränken verwendet werden sollen. Das WeinG. befaßt sich aber nur mit der Herstellung ganz bestimmter weinähnlicher Getränke, nämlich der in § 10 aufgeführten weinähnlichen Getränke aus Fruchtsäften, Pflanzensäften oder Malzauszügen, andere weinähnliche Getränke, insbesondere auch Nachahmungen der in § 10 bezeichneten, fallen abgesehen von § 9, der hier nicht in Betracht kommt, nicht unter das WeinG. und deshalb ist der Vertrieb der zu ihrer Herstellung dienenden Stoffe auch nicht nach dem WeinG. strafbar. Dem entspricht es, daß in den Ausführungsbestimmungen des BR. zu §§ 10, 16 die Verwendung gewisser Stoffe nur bei

der Herstellung der in § 10 WeinG. bezeichneten weinähnlichen Getränke verboten ist. (Vgl. RGSt. Bd. 46 S. 256). Zu diesen Getränken gehört das aus dem Mosterſatzstoff des Angeklagten hergestellte Getränk nicht, da zu seiner Herstellung Fruchtsäfte, Pflanzensäfte und Malzauszüge nicht verwendet werden. Daß Tamarindenmus kein Saft, also auch kein Frucht- oder Pflanzensaft i. S. des § 70 WeinG. ist, wurde bereits früher ausgesprochen. Die Herstellung von weinähnlichen Getränken aus Tamarindenmus fällt also nicht unter das WeinG., solange sie nicht Nachahmung von Wein ist. Daraus ergibt sich, daß der Angeklagte auch dann nicht aus § 27 Abs. 1 Nr. 3 WeinG. zu bestrafen ist, wenn das aus seinem Mosterſatzstoff hergestellte Getränk weinähnlich ist. (Urt. d. I. StS. vom 11. Dez. 1913, I D 819/13). — — — n.

3232

III.

Begriff des „Aufkaufens" von Tieren im Sinne der Vorschriften zur Verhütung von Viehseuchen. Aus den Gründen: Mit Recht ist der Angeklagte für überführt erachtet worden, daß er sich als Händler „mit Aufkaufen von Tieren" entgegen dem Verbot der Behörde befaßt habe, und gemäß § 74 Abs. 1 Nr. 3 ViehSG. bestraft worden, weil er in einer Ortschaft innerhalb des Sperrbezirks dem Landwirt W. eine Kuh ohne vorgängige Bestellung und außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung und zwar im Auftrag des Landwirts S. abgekauft hat. In seinem zum Druck bestimmten Urteil vom 30. Oktober 1913, I D 718/13, hat der Senat schon ausgesprochen, daß dem Gebrauch des Worts: „Aufkaufen" in § 168 der Ausführungsvorschriften des BR. gegenüber dem in § 55 GewO. gewählten Ausdruck: „Ankaufen" keine sachliche Bedeutung zukommt, und daß der § 55 GewO. deshalb zur Auslegung der Ausführungsvorschriften herangezogen werden darf, weil die GewO. als aushilfsweise Rechtsquelle zu gelten hat, soweit der Begriff des Handels im Umherziehen einer Erklärung bedarf, den die Vorschriften des ViehSG. und die Ausführungsvorschriften des BR. als gegeben aus der GewO. herübergenommen haben. Von diesem Standpunkte aus ist zwar zuzugeben, daß für das Verbot des Handels im Umherziehen nur solche Kaufverträge hinsichtlich Klauenvieh in Betracht kommen, die der Händler zu Zwecken des Wiederverkaufs eingeht, wie ja auch in dem für den Begriff des Hausierhandels grundlegenden § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewO. nur das Ankaufen „zum Wiederverkauf" als Erscheinungsmerkmal dieser Art von Handel hervorgehoben wird. Allein in dem hier vor allem ins Auge zu fassenden wirtschaftlichen Sinne kann nicht zweifelhaft sein, daß auch der Kauf ein Aufkaufen bedeutet, den der Händler innerhalb seines Gewerbebetriebes im Auftrag eines andern, sei es auf seinen Namen, sei es als offener Stellvertreter, abschließt. Hat der Angeklagte aber auch bei diesem Geschäft den üblichen Gewinn zu erzielen gesucht, so kann angesichts des Zwecks des Verbotes und des ihm unterliegenden Gesetzes kein Unterschied sein, ob der Angeklagte rechtlich Käufer der Kuh ist, der sich nur zum Voraus eines Wiederabnehmers versichert hat, oder ob S. als Käufer zu gelten hat, und ob der Gewinn des Angeklagten in dem Unterschied zwischen Ankaufs- und Verkaufspreis oder einer von ihm geltend zu machenden Ankaufsgebühr bestand. Der Grund, weshalb Gesetz und Ausführungsvorschrift unter bestimmten Voraussetzungen das Verbot des Hausierhandels mit Vieh für zulässig erklären, kann, wenn beachtet wird, daß das Aufsuchen von Bestellungen durch Händler ohne Mitführen von Tieren dem Aufkaufen von solchen gleichgestellt ist, nur der sein, daß nicht bloß den für die Seuche empfänglichen Tieren, sondern auch der Person der mit ihnen umgehenden Händler die Fähigkeit der Seuchenverschleppung beigemessen wird. Diese Gefahr ist gegeben, mag der Händler im eigenen Namen und für eigene Rechnung oder im Auftrag eines andern Klauenvieh „aufkaufen". Auch die GewO. macht in dieser Hinsicht keine Unterscheidung. In § 55 daselbst gebraucht sie die Worte: „in eigener Person" und in § 60 d Abs. 2 wird gesagt: „Wer für einen andern ein Gewerbe im Umherziehen zu betreiben beabsichtigt, unterliegt für seine Person den Bestimmungen dieses Gesetzes". (Urt. des I. StS. vom 8. Dez. 1913, I D 771/13). — — — n.

3233

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zuständigkeit zur Verbescheidung der Beschwerde und der weiteren Beschwerde des Landesversicherungsamtes gegen ein Amtsgericht wegen Verweigerung der Rechtshilfe in einer älteren Sache (RVO. §§ 115, 1571; GVG. §§ 157—160; Art. 85 EG. RVO.). Das bayer. LVersA. ersuchte ein Amtsgericht, den Bauunternehmer K. über die Beteiligung einiger Personen an einem Neubau als Zeugen zu vernehmen. Das AG. lehnte ab. Das LVersA. legte Beschwerde zum OLG. ein. Das OLG. verwarf sie, weil es unzuständig sei. Auf die weitere Beschwerde hob das ObLG. die Beschlüsse auf und wies das AG. an, dem Ersuchen zu entsprechen.

Gründe: Nach § 144 GewUVersG. vom 30. Juni 1900 haben die öffentlichen Behörden den im Vollzuge dieses Gesetzes an sie ergehenden Ersuchen des Reichsversicherungsamtes, der Landesversicherungsämter, der Schiedsgerichte sowie der Genossenschafts- und Sektionsvorstände zu entsprechen. Bei der Auslegung dieser Vorschrift entstanden Zweifel, ob auch die Genossenschafts- und Sektionsvorstände in Unfallversicherungssachen Zeugen und Sachverständige durch die Amtsgerichte eidlich vernehmen lassen können (Handb. der UVers., 3. Aufl., Bd. 1 S. 640 Anm. 9). Daß aber diese Berechtigung den Gerichten der Versicherungsinstanzen zusteht, blieb unbestritten und ist auch in der Begr. zu § 172 InvVersG., dem Vorbilde des § 144, anerkannt (Verh. des Reichst., 1. Sess. 1898/1900 AnlBd. 1 S. 747). Streit besteht ferner über die Frage, welche Rechtsmittel den Versicherungsbehörden und -trägern gegen Beschlüsse der Amtsgerichte zustehen, durch die das Rechtshilfeverfahren abgelehnt wird (Handbuch a. a. O.). Das Reichsgericht hat in den Beschlüssen vom 7. Februar 1896 und 28. Februar 1912 (JW. 1896 S. 145 [1], LZ. 1913 Sp. 85) hinsichtlich der Reichsversicherungsgesetze die entsprechende Anwendung der §§ 157 ff. GVG. verneint, während es in den Beschlüssen vom 19. September 1894 und 11. Oktober 1906 (RGZ. 33, 423; 64, 179) bei ähnlicher Rechtslage hinsichtlich des § 32 PatG. vom 7. April 1891 die §§ 157 ff. GVG. für entsprechend anwendbar erklärte. Dagegen hat sich das ObLG. in dem Beschlusse vom 2. Mai 1910 (n. Samml. Bd. 11 S. 316) für die entsprechende Anwendung des GVG. ausgesprochen. Auch die erneute Prüfung gibt keinen Anlaß, davon abzugehen. Mit Recht hat sich die Entscheidung in ihrer Begründung auf den Entwurf zur RVO. gestützt. Zwar enthält der Entwurf keine ausdrückliche Bestimmung über das Beschwerderecht. Die Begründung zu § 128 (S. 68) läßt aber unbedenklich annehmen, daß ebenso wie die bisher bestrittene Berechtigung der Versicherungsträger, die Amtsgerichte um eidliche Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen anzugehen, ausdrücklich anerkannt wurde, auch die bisher bestrittene Geltung der §§ 157 ff. GVG. als selbstverständlich vorausgesetzt wurde. Die Annahme des OLG., daß der Gesetzgeber im § 1571 RVO. diesen Standpunkt

verlassen habe, trifft nicht zu. Zunächst wird übersehen, daß die Bestimmung im Abs. 4 nicht bloß für das Feststellungsverfahren gilt, sondern nach §§ 1652, 1701, 1789 auf das Spruch- und das Beschlußverfahren anzuwenden ist. Die Annahme läßt aber auch den Zweck außer Betracht, den der Gesetzgeber verfolgte. Hiernach sollte das den Versicherungsträgern und -behörden in § 128 (§ 115 d. Ges.) gewährte Recht auf gerichtliche Rechtshilfe nicht erweitert, sondern beschränkt werden (ReichstVerh. Bd. 279 S. 5051, 5052). Zu einer Beschränkung des Beschwerderechts wäre aber kein Anlaß gegeben gewesen, wenn der Gesetzgeber in § 128 (§ 115 d. Ges.) überhaupt kein Beschwerderecht hätte einräumen wollen. Nur weil der Gesetzgeber davon ausging, daß nach § 128 den Versicherungsträgern und -behörden das Beschwerderecht nach dem GVG. zustehen sollte, nahm er, wie sich auch aus der Fassung des Abs. 4 des § 1571 ergibt, Anlaß, dieses Recht zu beschränken. Ist sohin auf das vorliegende Beschwerdeverfahren § 160 GVG. anzuwenden, so ist die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts und, da in den Unfallversicherungsgesetzen vom 30. Juni 1900 die Entscheidung in letzter Instanz nicht dem Reichsgerichte zugewiesen ist, auch die Zuständigkeit des ObLG. gegeben. (Beschl. des I. ZS. vom 9. Januar 1914, Reg. II 1/1913). W.

3231

II.

Auslegung eines Ehe- und Erbvertrags, in dem Brautleute die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbarten und für den Fall ihres beiderseitigen kinderlosen Todes die Schwester der Frau zur Erbin einsetzten, für den Fall des Vorablebens des Mannes aber keine ausdrückliche Bestimmung trafen. Wert des Beschwerdegegenstands im Erbscheinsverfahren. (BGB. §§ 2084, 133). D. errichtete 1901 mit seiner Braut Margarete Sch. einen notariellen Ehe- und Erbvertrag. In Ziff. 1 erklärten die Vertragschließenden, daß sie „die allgemeine Gütergemeinschaft einführen und durch Erbvertrag für den Fall kinderlosen Absterbens des letztversterbenden Eheteils die Schwester der Margarete Sch., die Marie H. und nach ihr deren Kinder als Erben einsetzen“. 1912 starb D. kinderlos. Das Amtsgericht erteilte der Margarete D. einen Erbschein, durch den bezeugt wurde, daß Andreas D. auf Grund des Erbvertrags von seiner Ehefrau ausschließlich beerbt worden ist und daß als Nacherben die drei Kinder der verstorbenen Marie H. berufen sind. Gegen die Erteilung des Erbscheins legten die nächsten Verwandten des Andreas D. Beschwerde ein. Das Landgericht wies die Beschwerde zurück und setzte den Wert des Beschwerdegegenstandes auf 1000 *M* fest. Das ObLG. wies auch die weitere Beschwerde zurück; nur setzte es den Wert des Beschwerdegegenstandes auf 60 *M* bis 120 *M* fest.

Gründe: Das LG. hat angenommen, daß bei Errichtung des Ehe- und Erbvertrags beide Teile willens waren, es solle beim Ableben des einen von ihnen der Ueberlebende Alleinerbe werden. Diese Annahme unterliegt keinem Bedenken. Die Beschwerdeführer machen aber geltend: Der Wille der Erbeinsetzung genüge allein nicht, er müsse vielmehr im Testament oder Erbvertrag auch ausgedrückt sein; denn außerdem liege keine Erbeinsetzung vor. Dies ist zuzugeben. Wie aber im allgemeinen bei der Auslegung einer Willenserklärung nicht deren buchstäblicher Wortlaut entscheidet, sondern nach dem wahren Willen zu forschen ist, so auch bei einer letztwilligen Verfügung. Die Auslegung findet nur darin ihre Grenze, daß sie in der Willenserklärung einen, wenn auch geringen Anhalt finden muß und daß sie einem völlig unzweideutig erklärten Willen nicht geradezu zuwiderlaufen darf. Zur Feststellung des Willens ist es zulässig und nicht selten notwendig, auch die begleitenden Umstände zu berücksichtigen, ja es ist nicht ausgeschlossen, daß eine letztwillige Verfügung bezüglich eines wesentlichen Punktes insoferne stillschweigend erfolgt, als der Wille des Erblassers nur aus dem übrigen Testamentsinhalte entnommen wird. Bei der Auslegung ist nicht bloß zu berücksichtigen, was ausgesprochen ist, sondern auch, was ohne ausgesprochen zu sein, die Voraussetzung des Ausgesprochenen bildet (vgl. Komm. v. RGR. § 2084 Anm., Planck, BGB., Erbrecht III. Abschn., Tit. 1, Vorbem. 4, Recht 1905 S. 77). Prüft man an der Hand dieser Grundsätze den Ehe- und Erbvertrag, so ist es zwar richtig, daß darin eine ausdrückliche Erbeinsetzung der Witwe fehlt, allein aus den übrigen Verfügungen im Zusammenhalt mit den sonst bekannten Tatsachen muß entnommen werden, daß der Wille auf diese Erbeinsetzung gerichtet war und daß der Wille auch kundgegeben wurde. Die Vertragschließenden haben bestimmt, daß sie für den Fall kinderlosen Absterbens des letztversterbenden Eheteils die Schwester der Margarete D. oder bei deren Vorableben ihre Kinder zu Erben einsetzen. Es wäre zwar denkbar und rechtlich möglich, daß damit nur die Erbeinsetzung in den Nachlaß des letztversterbenden allein angeordnet und daß im übrigen keine letztwillige Verfügung getroffen wurde; allein für eine Verfügung von solch beschränktem Umfang ist nicht der mindeste Anlaß ersichtlich; auch würde sie dazu führen, daß für den Fall des späteren Ablebens des Andreas D. zwar dessen Nachlaß von der Schwester seiner Ehefrau geerbt worden wäre, der Nachlaß der letzteren aber nicht der Marie H. allein, sondern den gesetzlichen Erben der Margarete D. überhaupt zugefallen wäre. Der Auslegung des LG., daß die Erbfolge der Schwester der Margarete D. in das Vermögen der Eheleute D. als eine Gesamtheit geht, muß daher beigepflichtet werden. Legt man diese Auslegung zugrunde, so ist die notwendige Voraussetzung, daß sich das Vermögen in der Hand des Ueberlebenden vereint; denn nur dadurch kann der erbweise Uebergang des Vermögens beider Ehegatten auf den Erben des Letztversterbenden herbeigeführt werden. Der Schluß, daß durch die Bestimmung bezüglich der Beerbung des Letztversterbenden zugleich auch bezüglich der Beerbung des Erstversterbenden Anordnung getroffen sei, muß daher gebilligt werden. Dieser Schluß stimmt auch mit den Umständen des Falles überein. Das LG. hat mit Recht auf den großen Altersunterschied zwischen den Vertragschließenden hingewiesen, der es nahelegte, für den Fall des Vorablebens des Ehemanns zugunsten der Witwe zu sorgen. Dieser Zweck wäre nur unvollkommen erreicht worden, wenn Margarete D. auf den ihr als Ehefrau gesetzlich zukommenden Erbteil beschränkt geblieben wäre, anderseits bestand für Andreas D. zur Herbeiführung der gesetzlichen Erbfolge um so weniger ein Anlaß, als er nähere Verwandte (Eltern oder Geschwister) nicht hinterließ. Die Erbeinsetzung der Witwe entsprach aber auch dem bis zum 1. Januar 1900 in H. geltenden Fuldaer Recht. Nach diesem ging, wenn zwischen den Ehegatten Gütergemeinschaft bestand, im Falle des Todes des einen Ehegatten, wenn Abkömmlinge dieses Ehegatten nicht vorhanden waren, dessen Anteil an dem Gesamtgut auf den überlebenden Ehegatten über (Thomas, System aller Fuldaschen Privatrechte § 316, vgl. auch UeG. Art. 67). Es lag daher nahe, daß die Ehegatten D. das, was bis zum Jahre 1900 Gesetz war, durch Erbvertrag festsetzten. Durch den Hinblick auf den bisherigen Rechtszustand erklärt es sich auch, daß der überlebende Eheteil nicht ausdrücklich eingesetzt wurde; denn diese Erbeinsetzung galt als selbstverständlich; ihren Willen, daß der überlebende Ehegatte Alleinerbe sein solle, haben die Ehegatten aber im Erbvertrage genügend deutlich dadurch zu erkennen gegeben, daß sie auf den Fall des Ablebens des Zuletztversterbenden die Schwester der Margarete D. zur Erbin des gesamten Vermögens bestimmten.

Zu beanstanden ist die Festsetzung des Wertes des Beschwerdegegenstandes; nicht der Wert des hinterlassenen Vermögens bildet hier den Maßstab; maßgebend ist vielmehr nur das Interesse, das die Witwe daran hat, daß ihr bezüglich ihrer Ansprüche auf den Nachlaß ein Erbschein erteilt werde; dieses ist wesentlich geringer, da durch den Erbschein nur eine Vermutung für das Erbrecht begründet wird (§ 2365 BGB.). (Beschl. des I. ZS. vom 2. Januar 1914, Reg. III, 106/1913). W.

3230

B. Strafsachen.

I.

Hundeabgabengesetz. Die von den Gemeindeverwaltungen für die Anmeldung der Hunde bekannt gegebenen Amtsstunden sind von den Hundebesitzern bei Vermeidung der Bestrafung einzuhalten. Der Stadtmagistrat A. hat im Amtsblatte die Amtsstunden zur Anmeldung der Hunde bekanntgegeben. Sie wurden für die Stadtbezirke auf verschiedene Tage und Stunden festgesetzt. Weiter wurde bekannt gegeben, daß Anmeldungen aus anderen Bezirken nur angenommen werden, wenn Zeit verfügbar ist, daß bei der Anmeldung die Abgabe zu entrichten sei und gleichzeitig die tierärztliche Untersuchung stattfinde. Für den Stadtbezirk D, in dem der Angeklagte K. wohnt, wurde der 10. Januar 1913 zur Anmeldung bestimmt. K. hat an diesem Tage seinen Hund nicht angemeldet. Er wurde vom SchG. wegen einer Uebertretung nach § 8 Abs. 1 oberp. Vorschr. zur Sicherung und Ueberwachung der Hundeabgabe vom 13. Juni 1911 verurteilt. Das Revisionsgericht hob das freisprechende Urteil des Berufungsgerichts auf und verwarf die Berufung gegen das Urteil des Schöffengerichts.

Aus den Gründen: Auf Grund der in Art. 13 HAbgG. enthaltenen Ermächtigung hat das Ministerium des Innern am 13. Juni 1911 zur Sicherung und Ueberwachung der Abgabe oberp. Vorschriften erlassen (GVBl. 1911 S. 907 ff.). Im § 9 dieser Vorschriften werden die Regierungen und die Gemeindeverwaltungen ermächtigt, zur Sicherung und Ueberwachung der Hundeabgabe weitergehende ober- und ortspolizeiliche Vorschriften zu erlassen. In § 40 Ziff. 2 der Vollzugsanweisung des StM. d. Innern vom 13. Juni 1911 (GVBl. S. 909 ff.) ist bestimmt: „Als Zeitpunkt der Abgabenentrichtung bestimmt die Gemeindeverwaltung den Zeitpunkt, in dem die Anmeldepflicht spätestens zu erfüllen ist" (s. die Erl. in § 43 a. a. O.). Nach Art. 83 Abs. 1 Ziff. 1 PStGB. ist zu bestrafen, wer Hunde der durch ober- oder ortspolizeiliche Vorschrift angeordneten und öffentlich bekannt gemachten Visitation entzieht oder nicht rechtzeitig unterstellt. Hierzu hat die Regierung von Schwaben am 21. August 1911 oberp. Vorschr. erlassen, in denen u. a. bestimmt ist: „. . . Soweit Abgabenpflicht besteht, kann die Untersuchung mit der abgabenrechtlichen Vorführung des Hundes verbunden werden. Alljährlich im Januar und Februar sind die regelmäßigen Hundeuntersuchungen vorzunehmen. Die Termine und Orte, an welchen sie stattfinden, werden von den Distriktspolizeibehörden im Benehmen mit den Tierärzten festgesetzt. Die Hundeuntersuchungen werden durch den zuständigen Tierarzt gemeindeweise an dem hierfür festgesetzten Orte und im Beisein eines Vertreters der Ortspolizeibehörde vorgenommen. Hundebesitzer, welche die rechtzeitige Vorführung ihrer Hunde versäumt oder unterlassen haben, sind der Distriktspolizeibehörde anzuzeigen".

Das HAbgG. vom 14. August 1910 bestimmt nur den Tag der Fälligkeit der Abgabe und überläßt es der Gemeindeverwaltung, den Zeitpunkt — nicht den Zeitraum — für die Entrichtung der Abgabe festzusetzen. Eine Beschränkung der Gemeindeverwaltungen enthält das Gesetz nur insofern, als im Art. 12 Abs. 3 die Staatsregierung ermächtigt wird, den Gemeinden nähere Anweisungen über die Erhebung zu erteilen. Soweit solche Anweisungen nicht ergangen sind, ist die Gemeindeverwaltung in der Bestimmung des Zeitpunkts für die Entrichtung der Abgabe unbeschränkt. Wurde nun die Bestimmung des Zeitpunkts für die Entrichtung der Abgabe aus Zweckmäßigkeitsgründen den mit ihrer Erhebung befaßten Gemeindeverwaltungen überlassen, so wäre es unverständlich, wenn das Gesetz ihnen gerade eine Regelung der Anmeldung und Abgabenentrichtung verwehren wollte, die für eine sichere und rasche Erledigung der Geschäfte unerläßlich ist. Ebensowenig kann aus den oberp. Vorschr. des StM. des Innern vom 13. Juni 1911 eine Beschränkung dieser Befugnis entnommen werden. Abgesehen davon, daß im § 9 Abs. 2 die Gemeindeverwaltungen ermächtigt werden, noch weitergehende ortspolizeiliche Vorschriften zu erlassen, so wird in § 3 die Anmeldepflicht mit der nach Art. 83 Abs. 1 Ziff. 1 PStGB. vorzunehmenden Hundeuntersuchung in Verbindung gebracht, und im § 40 Abs. 1 Ziff. 2 VollzA. wird auf diesen § 3 verwiesen. Dadurch wird bekräftigt, was sich schon aus der Natur der Sache ergibt, daß sowohl bei der Erlassung des Gesetzes wie bei der der oberp. Vorschr. davon ausgegangen wurde, daß mit der Anmeldung der Hunde und der Entrichtung der Abgabe stets auch die Untersuchung verbunden wird. Erwägt man, welchen Aufwand an Personal die Vornahme der Hundeuntersuchung erfordert, so kann man unmöglich annehmen, daß das Gesetz den Gemeinden die Maßnahmen verwehren wollte, die einer nutzlosen Bereithaltung des Personals vorbeugen. Dazu kommt, daß ein zu beachtendes Interesse der anmeldepflichtigen Hundehalter an der Bestimmung einer längeren Frist für die Anmeldung nicht anerkannt werden kann. Eine solche Regelung enthielte nur eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Orte mit größerer Einwohnerzahl, in denen die Anmeldungen nicht an einem Tage erledigt werden können, gegenüber den kleineren Orten, in denen die Entgegennahme der Anmeldungen und die Untersuchungen der Hunde an einem Tage erledigt werden können.

In der Bek. des Stadtmagistrats A. ist klar ausgesprochen, daß die im Bezirke wohnenden Hundehalter an einem bestimmten Tage ihrer Anmeldepflicht zu genügen haben. Es ist verfehlt, wenn das LG. im Widerspruche mit dem Wortlaute der Vorschrift annimmt, daß für jeden Hundehalter eine wirksame Anmeldung an jedem der für die sämtlichen Stadtbezirke bestimmten Tage zugelassen werden sollte. Diese Annahme kann auch nicht mit der Bestimmung gerechtfertigt werden, nach der die Anmeldung von Hunden aus anderen Bezirken nur dann angenommen wird, wenn Zeit verfügbar ist. Denn einmal ist die Bedeutung dieser Bestimmung mit ihrer Anwendung auf nachträgliche Anmeldungen nicht erschöpft. Die Bestimmung gilt vielmehr auch für Anmeldungen, die vor dem gesetzlichen Termine vorgenommen werden und kommt somit den Hundehaltern entgegen, für die die Anmeldung an dem für sie festgesetzten Tage mit Unbequemlichkeiten verbunden wäre. Ferner kommt in Betracht, daß die Anmeldung und Untersuchung unter allen Umständen nachgeholt werden muß, auch wenn die Anmeldung ohne Verschulden des Hundehalters unterblieb. Die Bestimmung dient also wesentlich dazu, die freie Zeit der mit dem Geschäfte befaßten Personen auszunützen und die auf die nachträglichen Anmeldungen und Untersuchungen noch zu verwendende Zeit möglichst abzukürzen. Endlich spricht gegen die Auslegung des LG., daß ein Recht auf die Annahme der Anmeldung aus einem anderen Bezirke nicht besteht. Die Auslegung würde dazu führen, daß es dem Zufall überlassen bleibt, ob eine Anmeldung als rechtzeitig oder verspätet anzusehen ist. Der Angeklagte mußte

demnach dafür sorgen, daß sein Hund am 10. Januar 1913 angemeldet wurde. Dieser Pflicht ist er nach den Feststellungen des LG. nicht nachgekommen. Er hat also den zur Sicherung der Abgabe erlassenen Bestimmungen in §§ 1 und 3 der oberp. Vorschr. vom 13. Juni 1911 zuwidergehandelt. Er kann die Verantwortung nicht deshalb ablehnen, weil er den Hausmeister P. mit der Anmeldung beauftragte. Denn es war seine Pflicht, die Ausführung des Auftrags zu überwachen. Er hat sich aber um die Ausführung nicht gekümmert. Ein Irrtum darüber, daß die Anmeldung spätestens an dem für seinen Bezirk festgesetzten Tag vorgenommen werden müsse, wäre selbst verschuldet, denn er konnte sich bei der Behörde Aufschluß erholen. (Urt. vom 22. Nov. 1913, Rev.-Reg. 536/1913). Ed.

3219

II.

Die Revision kann auf Verletzung des § 415 StPO. gestützt werden. Ein Vergleich im Privatklageverfahren verbraucht nicht die Strafklage zuungunsten anderer zur Privatklage Berechtigter. Die Ehefrau K. erhob Privatklage gegen die X., weil sie behauptet hatte, das Kind der Privatklägerin stamme nicht von dem Ehemann. Vor dem Eintritt in die Hauptverhandlung kam ein Vergleich zustande, wornach die Beklagte die Beleidigungen widerrief und die Kosten übernahm. Das Gericht erließ keinen Einstellungsbeschluß. — H., den die Beklagte als den Vater des Kindes bezeichnet hatte, erhob später gegen die X. wegen der Behauptung gleichfalls Privatklage. Das SchG. erklärte durch Urteil unter Bezugnahme auf § 415 StPO. die Strafverfolgung für unzulässig. Das LG. verurteilte die Angeklagte. Die Revision der Angeklagten wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Revision verstößt, insofern sie sich auf den § 415 StPO. gründet, nicht gegen den § 380 StPO. § 415 gehört nicht ausschließlich dem Prozeßrecht an; er ergänzt, soweit er den Grundsatz der sachlichen Rechtskraft betont und erweitert, das Strafgesetz, insbesondere dessen Vorschriften über Antragsvergehen. Daß die Revision auf § 415 gestützt werden kann, ist überwiegend anerkannt. Sachlich ist sie unbegründet. Der Abs. 2 des § 415, der nie gleichzeitig mit dem Abs. 3 anwendbar ist, läßt die Verfolgung des Privatklagerechts durch einen neben dem ersten Privatkläger Verletzten nur im Wege des Beitritts zu dem zuerst anhängig gemachten Verfahren zu. Diese Beschränkung dauert jedoch nur, solange jenes Verfahren anhängig ist; die selbständige Verfolgung durch den anderen Verletzten wird wieder zulässig, sobald das erste Verfahren beendet ist, nur darf es nicht durch eine Entscheidung in der Sache selbst beendet worden sein (Abs. 3). Dahingestellt kann hiernach bleiben, ob § 415 Abs. 2, der nach der hier festgehaltenen Auslegung nur eine Wirkung der Rechtshängigkeit betrifft, eine reine Verfahrensnorm ist oder nicht. Der Vorbehalt bezüglich einer in der Sache ergangenen Entscheidung betrifft grundsätzlich nur einen Ausspruch, der sich mit der Schuldfrage (im weiteren Sinne, unter Einbeziehung der Antragsfragen; vgl. indessen RGSt. 41 S. 155) befaßt; dieser muß wesentlich Recht schaffen, nicht bloß von anerkennender Art sein. Eine rechtschaffende Wirkung kommt aber nur dem Urteil zu. Als Entscheidung kann weder ein Vergleich im Privatklageverfahren, noch die als Bestandteil eines solchen erklärte Zurücknahme der Privatklage gelten (vgl. RGSt. 27, 216, 217); beide beruhen auf dem Parteiwillen und erfolgen, wenn auch oft mit äußerlicher, so doch nie unter entscheidender Mitwirkung des Gerichts. Die Zurücknahme der Klage (nicht der „Vergleich", ein der StPO. fremder Ausdruck) erledigt das Verfahren ohne weiteres, die ihr regelmäßig folgende beschlußmäßige „Einstellung des Verfahrens" hat nur formelle Bedeutung (Löwe Bem. 7 zu § 431 StPO.). Die Wirkung hat aber die Zurücknahme nur für den Privatkläger, dieser kann die zurückgenommene Klage nicht von neuem erheben (§ 432 StPO.); das Recht eines andern Privatklageberechtigten steht dagegen unter der Vorschrift des § 415 Abs. 3 (Löwe Bem. 2 zu § 432), ihn bindet die Zurücknahme nicht. Daß die Zurücknahme auch ohne förmlichen Einstellungsbeschluß das Verfahren — insbesondere i. S. des § 415 Abs. 2 — erledigt, folgt aus der nur formalen Natur dieses Beschlusses (RGSt. 46, 129). Verfehlt ist auch die Aufstellung, der Vergleich bilde eine „Sühne" der Straftat und § 415 wolle die Verdoppelung der Sühne im Wege eines zweiten Verfahrens verhüten. Abgesehen davon, daß Sühne im strafrechtlichen Sinne nur die Verurteilung ist — als „Aussöhnung" ist Sühne ein prozeßrechtlicher Begriff, s. § 420 StPO. — spricht § 415 Abs. 3, der allein von der Rechtskraftwirkung handelt, diese Wirkung nur einer zugunsten des Beschuldigten ergangenen Entscheidung zu. (Urt. vom 15. Mai 1913, Rev.-Reg. Nr. 528/1913). Ed.

3218

III.

Zuständigkeit für die Festsetzung der Kosten im Privatklageverfahren. Weder der Privatkläger noch der Angeklagte hat in diesem Verfahren das Recht der weiteren Beschwerde. In einem Privatklageverfahren wurde der Angeklagte vom Berufungsgerichte zu den Kosten der beiden Instanzen verurteilt. Auf den Antrag des Privatklägers setzte der Gerichtsschreiber des Amtsgerichts die Kosten fest. Auf die „Beschwerde" des Privatklägers wies das Amtsgericht die Erinnerungen nach § 104 ZPO. zurück. Auf die Beschwerde des Privatklägers änderte die Strafkammer den Kostenfestsetzungsbeschluß I. Instanz ab; gegen diesen Beschluß legte der Privatkläger neuerdings Beschwerde, der Angeklagte die weitere Beschwerde ein. Beide Beschwerden wurden als unzulässig verworfen.

Aus den Gründen: Die StPO. enthält keine Vorschriften über die Festsetzung der Kosten und Auslagen des Privatklageverfahrens. Nach §§ 495, 496 Abs. 2, 503 StPO. sind die Vorschriften der ZPO. (§§ 104 ff.) heranzuziehen, aber die Vorschriften der StPO. bleiben im allgemeinen maßgebend. Die Kosten und Auslagen des Privatklageverfahrens werden durch das Gericht (nicht durch den Gerichtsschreiber) der I. Instanz festgesetzt. Gegen diesen Beschluß steht die einfache unbefristete Beschwerde nach § 346 StPO. offen. Der von dem LG. als Beschwerdegericht erlassene Beschluß kann nach § 352 StPO. nicht mit der weiteren Beschwerde angefochten werden. Dies gilt für den Privatkläger und den Angeklagten (§ 352 Abs. 2 StPO.). Zwar enthält die Entscheidung des LG. für diesen einen neuen selbständigen Beschwerdegrund, so daß ihm ein Beschwerderecht zustehen würde, wenn § 568 ZPO. entsprechend anzuwenden wäre. Allein die Vorschriften der ZPO. werden nur auf das Verfahren über die Kostenerstattung in Privatklagesachen entsprechend angewendet, das in der StPO. nicht geregelt ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde steht die ausdrückliche Vorschrift des § 352 Abs. 2 StPO. entgegen, selbst dann, wenn der Gegner erst durch die Entscheidung des LG. beschwert ist. (Beschl. vom 20. Nov. 1913, Beschw.-Reg. Nr. $\frac{892}{901}$/1913). Ed.

3217

Oberlandesgericht München.

I.

Mißbräuchliche Benutzung eines Kraftwagens gelegentlich der Ausbesserung; Gehilfenhaftung (§ 278 BGB.). Der Besitzer eines Kraftwagens verbrachte diesen auf Grund vorangegangener Besprechung zu einem Automobilreparateur in dessen Werkstätte zur Ausbesserung; die Gehilfen benutzten die Abwesenheit des Meisters auf einer kurzen Reise dazu, mit dem Wagen nach Feierabend eine Spazierfahrt zu machen; dabei wurde der Wagen schwer beschädigt. Der Geschäftsherr lehnte jeden Schadensersatz ab, weil die Beschädigung nicht in Ausübung der Ausbesserung, sondern nur gelegentlich erfolgt sei, seine Reise auch kein eigenes Verschulden darstelle; andererseits habe auch der Kläger von einer früheren Eigenmächtigkeit der Gehilfen Kenntnis gehabt. Er wurde in zwei Instanzen verurteilt.

Aus den Gründen: Unbestreitbar übernimmt der Werkunternehmer bei Ausbesserungsarbeiten, deren Gegenstand vom Besteller in die Werkstätte gebracht wird, kraft Vertrags auch die Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwahrung und insbesondere zur Behütung vor mißbräuchlicher Benützung (sog. „sekundäre" Unterlassungspflichten; vgl. Staudinger BGB. Bem. I 2 b zu § 278, Vorbem. zu § 688). Ebensoweit erstreckt sich auch die Haftung des Meisters für die Erfüllungsgehilfen, also insbesondere für die technischen Werkstättegehilfen nach § 278 BGB. In den Kommentaren sind im Anschlusse an Staub HGB. Erk. zu § 58 (Bd. 1 S. 284) und GoldschmidtsZ. Bd. 10 S. 287 allerdings meist nur solche Beispiele aufgeführt, bei denen sich der Gehilfe in die Räume des Bestellers begibt und dort gelegentlich der Ausbesserung etwas beschädigt. Die mißbräuchliche Benützung von auszubessernden und zu diesem Zwecke in die Werkstätte des Werkmeisters gebrachten Sachen ist aber viel häufiger und wichtiger, als es hiernach scheinen könnte. Dies gilt nicht nur für Kraftwagen wegen der hier besonders strengen Deliktshaftung bei Beschädigungen, sondern auch für Schmuck, Kleider, Wäsche, Uhren und ähnliche vor oder nach der Ausbesserung leicht auf kurze Zeit benützbare Luxussachen, zumal strafrechtlich dieser Gebrauchsdiebstahl nicht geahndet wird. Da diese Fälle selbstverständlich niemals mit der eigentlichen Ausbesserungsarbeit in notwendigem Zusammenhang stehen, so tritt bei ihnen immer wieder die Grenzfrage zwischen Beschädigung „in Erfüllung" oder „bei Gelegenheit der Erfüllung" auf. Hält man aber fest, daß die Vertragshaftung für Gehilfen überall da eintritt, wo der Werkmeister selbst aus dem Vertrage haften würde, wenn er die streitige Handlung persönlich vorgenommen hätte, und weiter, daß der Vertrag nicht nur die Verpflichtung zur sachgemäßen Ausbesserung als solcher, sondern auch zur wirksamen Obhut und Verwahrung sowie zur Sicherung gegen mißbräuchliche Benützung enthält, so kann kein Zweifel sein, daß solche Fälle wie hier unter die absolute und durch keinerlei eigenes Verschulden bedingte Gehilfenhaftung aus § 278 fallen. Gerade der Schutz vor den Folgen solchen Mißbrauchs ist einer der Zwecke des § 278. Wie der Geschäftsherr sich dagegen schützen will, ist seine Sache und äußerstenfalls eben ein Bestandteil seiner Geschäftsgefahr; jedenfalls wäre es weitaus unbilliger, den Werkbesteller mit dieser Gefahr zu belasten. Auch daß die mißbräuchliche Fahrt — wie natürlich — erst nach Feierabend vorgenommen wurde, kann den Beklagten nicht entlasten; denn seine Verwahrerpflichten bestanden ja auch nach Geschäftsschluß fort. Der jetzt streitige Fall liegt insoweit ganz ähnlich wie der in RGZ. Bd. 63 S. 343, wo sich die Malergehilfen nach Feierabend in einem Neubau an der Wasserleitung die Hände reinigten und die Farbkübel ausspülten, dabei aber den Wasserhahn offen ließen, so daß über Nacht Decken und Fußböden im großem Umfang beschädigt wurden; das Reichsgericht hat die Haftung des Malermeisters angenommen, weil ein naher und innerer Zusammenhang mit der Arbeit selbst bestehe. Mit Recht weist ferner der Kläger darauf hin, daß schon die vom Beklagten gegebene zusagende Antwort (er solle den Wagen nur schicken) den Abschluß des Ausbesserungs- und Verwahrungsvertrags enthielt und sich daher der Kläger nicht mehr darum zu kümmern brauchte, ob der Beklagte auch bei der Entgegennahme des Wagens in der Werkstätte persönlich mitwirkte oder überhaupt anwesend war. Es wäre Sache des Beklagten gewesen, wenn er bei der Zusage bereits seine Reise vorhatte, die Ablieferung während seiner voraussichtlichen Abwesenheit auszuschließen oder, wenn die Notwendigkeit der Reise unvermutet eintrat, den Kläger noch einmal telephonisch zu benachrichtigen, daß der Wagen jetzt nicht gebracht werden solle. Mangels solcher besonderen Abmachungen aber hätte der Kläger auch dann den Anspruch auf ordnungsmäßige Verwahrung und Schadensersatz wegen Verletzung dieser Pflicht gehabt, wenn er den Wagen ohne jede vorherige Verabredung in das offene Geschäft des Beklagten verbracht hätte; denn die dort mit dem Willen des Werkunternehmers anwesenden Gehilfen gelten als ermächtigt, solche Ausbesserungen auch in Abwesenheit des Meisters anzunehmen (vgl. RGZ. Bd. 65 S. 295). Es kann deshalb auch von einem Mitverschulden des Klägers keine Rede sein; denn er durfte glauben, daß der Beklagte entsprechende Vorsorge gegen Wiederholung einer mißbräuchlichen Benützung bereits getroffen haben werde. Er hatte ja auch in der Tat eine wirksame Abhilfe nämlich durch Wegnahme der Zündmagnete gefunden; daß er sie damals wegen seiner Abwesenheit nicht selber ausüben konnte und auch nicht anderweitig Vorsorge traf, konnte der Kläger weder vorhersehen, noch fällt es ihm zur Last, zumal da der Beklagte gar nicht behaupten kann, daß der Kläger oder dessen mit der Ablieferung des Wagens beauftragter Bediensteter von der Reise des Beklagten überhaupt etwas wußte. Da hiernach § 278 BGB. zutrifft, bedarf es keiner weiteren Erörterung, ob den Beklagten selbst ein Verschulden zur Last fällt. Nur mag bemerkt werden, daß der Kläger mit Recht auf die allbekannte Gefährlichkeit des Mißbrauchs gerade von Kraftwagen durch Dritte hinweist, die sogar zu Erörterungen über gesetzliche Maßnahmen im Kreise der Kraftwagenbesitzer geführt hat. Es wäre hiernach überhaupt zweifelhaft, ob der Beklagte den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. hinsichtlich seiner Gehilfen noch führen könnte, wenn es — wie nicht — darauf ankäme. Insbesondere ist unklar geblieben, wem denn eigentlich der Schlüssel der Werkstätte nach Feierabend anvertraut war und ob nicht die Ablieferung des Schlüssels an eine dritte verlässige Person außerhalb des Kreises der Gehilfen anzuordnen gewesen wäre. (Urt. vom 13. Juni 1913, L 282/13 I). N.

3038

II.

Erheblichkeit des Vertagungsgrunds (§§ 227, 224 ZPO.). Gründe: Der Anwalt des Klägers begründet seinen schriftlichen Antrag auf Terminsverlegung damit, er habe noch nicht genügende Information von seiner auswärtigen Partei erhalten; der Gegner hat der Verlegung widersprochen. Ein erheblicher Grund dafür ist auch tatsächlich nicht zu ersehen. Das Urteil wurde am 20. November 1913 verkündet; am 26. gl. M. erhielt der Kläger die Ausfertigung; am 29. gl. M. erfolgte die Zustellung; am 24. Dezember 1913 wurde die Berufung eingelegt und Termin auf 13. Februar 1914 angesetzt. Der Kläger hatte also seit Ende November Zeit, sich die Berufungsbegründung zurecht zu legen und den Schriftsatz so zeitig abzugeben, daß auch dem Gegner und dem Gericht noch genügend Zeit zur Vorbereitung bleibt. Zudem handelt es sich um eine einfache Sache ohne Beweisaufnahme in erster Instanz

mit den nämlichen Anwälten wie in der Vorinstanz. Es besteht also kein Grund, von der für den ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb der Oberlandesgerichte wichtigen Regel abzuweichen, daß die Sache für den ersten Termin verhandlungsreif gemacht werden soll (vgl. §§ 518 Abs. 3, 519 Abs. 2, 520, 523, 272 ZPO.), wenn er wie hier, mit einem Zwischenraum von zehn Wochen seit der Urteilszustellung anberaumt ist.[1] (Beschl. vom 28. Januar 1914, L 946/13). N.

3224

Oberlandesgericht Nürnberg.

Ausschließung des Mitglieds eines eingetragenen Vereins. Zuständigkeit der Hauptversammlung oder des Schiedsgerichts. Rechtsungültigkeit des Ausschließungsbeschlusses wegen eines Mangels des Verfahrens (§§ 133, 157, 32 ff., 55 ff. BGB.). Aus den Gründen: Nach den Satzungen des beklagten Vereins haben sich mit der Ausschließung eines Mitglieds zwei Organe zu befassen. Zunächst muß ein Ausschußbeschluß darüber vorliegen, daß die Ausschließung des Mitglieds bei der Hauptversammlung zu beantragen ist, sodann ist über diesen Ausschließungsantrag zu entscheiden. Dies ist in zweifacher Weise möglich; entweder entscheidet das nach den Satzungen zu berufende Schiedsgericht ohne Berufung an die Hauptversammlung oder es entscheidet die Hauptversammlung sofort endgültig. Das Schiedsgericht ist zuständig, wenn das vom Ausschußantrag verständigte, auszuschließende Mitglied die Einberufung des Schiedsgerichts innerhalb 14 Tagen verlangt; die Hauptversammlung ist zuständig, wenn das Mitglied die Einberufung des Schiedsgerichts nicht verlangt. Welches Organ zu entscheiden hat, steht hiernach erst fest, wenn die Frist für die Anrufung des Schiedsgerichts unbenützt verstrichen ist; erst dann kann das Verfahren zur Einberufung der Hauptversammlung eingeleitet werden, das nach den Satzungen mit der rechtzeitigen schriftlichen Einladung der Mitglieder unter Bekanntgabe der Tagesordnung beginnt. Vor Ablauf der Frist besteht ein für die Hauptversammlung geeigneter Ausschußantrag überhaupt noch nicht und kann daher den Mitgliedern als Gegenstand der Tagesordnung einer Hauptversammlung auch noch nicht bekannt gegeben werden. Nach dem Zwecke der Satzungsvorschrift soll das schiedsgerichtliche Verfahren der Entscheidung durch die Hauptversammlung nebst deren Vorbereitung schlechthin vorgehen; beide Verfahren sollen nicht nebeneinander laufen, was auch in den entsprechenden Fällen des staatlichen Prozeßrechts gilt. Nach dem Sinne der Satzungen ist die Angelegenheit, sobald es das betreffende Mitglied verlangt, in dem engen Kreise des nur aus 5 Personen bestehenden Schiedsgerichts zu entscheiden, statt die mehr oder weniger breite Oeffentlichkeit der Hauptversammlung zu beschäftigen; schon in der Bekanntgabe der Tagesordnung läge der erste Teil der Anrufung der Hauptversammlung zur Entscheidung über den Ausschußantrag. Mit gutem Grunde ordnen daher die Satzungen an, daß dieser Antrag „vorher“ dem Mitgliede bekannt zu geben ist, also bevor Schritte zur Einberufung der Hauptversammlung geschehen. Selbst wenn aber die Fassung Zweifel zuließe, so hätte doch jene Auslegung Platz zu greifen, die den Rechten des von der Ausschließung bedrohten Mitglieds Rechnung trägt, sobald der Wortlaut der Vorschrift nach ihrem Sinn und Zwecke diese Auslegung zuläßt und der gegenteilige Wille des Vereins, des Verfassers der Satzungen, keine unzweideutige Fassung gefunden hat oder hätte finden können.

Hiernach hat der beklagte Verein gegen die Satzungen verstoßen; denn der Ausschließungsantrag des Ausschusses vom 18. Dezember 1912 wurde schon am 24. gleichen Monats auf die Tagesordnung der Hauptversammlung vom 24. Januar 1913 gesetzt, allen Mitgliedern sofort angezeigt, aber dem Kläger erst am 2. Januar 1913 bekannt gegeben und trotzdem schon in der genannten Hauptversammlung entschieden. Deshalb ist es bedeutungslos, daß der Kläger noch rechtzeitig vor jener Hauptversammlung die Einberufung eines Schiedsgerichts hätte verlangen können; denn der Kläger brauchte seine Maßnahmen nicht auf das schon vorher unrichtig gestaltete Verfahren des beklagten Vereins oder seines Ausschusses zu gründen. Es kann ihm auch ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht deshalb zur Last gelegt werden, weil er in zulässiger Weise das mit Mängeln behaftete Ausschließungsverfahren durch die ordentlichen Gerichte nachprüfen ließ. Die sachliche Prüfung der Richtigkeit oder Zweckmäßigkeit des Vereinsbeschlusses durch das Gericht ist ohnehin nicht mehr verlangt worden und könnte auch nach der vorherrschenden Ansicht nicht erfolgen, weil hierin ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht des Vereins liegen würde. Mit Recht hat sohin das Landgericht beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 256 ZPO. für den Feststellungsanspruch des Klägers die Rechtsungültigkeit des Ausschließungsbeschlusses der Hauptversammlung vom 24. Januar 1913 wegen der dargelegten Mängel des Verfahrens ausgesprochen. (Urt. des II. ZS. vom 1. Dezember 1913, L 322/13).

3237 B—r.

Landgericht München I.

§§ 906, 1004 BGB.; § 26 GewO. Haftung des Eisenbahnfiskus für Brandschäden infolge Funkenwurfs. Aus den Gründen: (Das Urteil stellt fest, daß ein starker Funkenwurf stattgefunden hat und daß dadurch ein Brand entstehen konnte). Der Beklagte hat für den Brandschaden auf Grund eines allgemeinen Rechtssatzes zu haften, der die Bahnverwaltung in solchen Fällen auch ohne eigenes Verschulden für haftpflichtig erklärt. Von der Regel, daß die Schadensersatzpflicht grundsätzlich ein Verschulden voraussetzt, läßt die feststehende Rechtsprechung, insbesondere die des Reichsgerichts, u. a. eine Ausnahme zu in den Fällen, wo dem Verletzten durch Sondervorschriften die Befugnis entzogen ist, widerrechtliche Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren und dadurch dem Schaden vorzubeugen; dies trifft namentlich bei dem im öffentlichen Interesse geregelten, behördlich genehmigten Eisenbahnbetrieb zu, weil dem Grundeigentümer durch die landespolizeiliche Genehmigung der Bahnanlage die Möglichkeit entzogen ist, auf Einstellung des Betriebs oder auf Unterlassung der das Maß des § 906 BGB. überschreitenden Einwirkungen zu klagen. (RGRKomm. § 906 N. 13, Vorbem. 2 vor § 249; Vorbem. 1 vor § 823; Staudinger § 906 IV 2 f.). Dieser Rechtsgrundsatz wird aus den Grundgedanken der §§ 903 ff., 1004 BGB. und aus der früheren Praxis gefolgert; er hat auch in § 26 GewO. Ausdruck gefunden, ist aber durch die Rechtsprechung erweitert worden. Er beansprucht allgemeine Geltung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, ohne Rücksicht darauf,

---

[1] Anberaumung des ersten Verhandlungstermins alsbald nach Ablauf der zweiwöchentlichen Einlassungsfrist (§§ 261 Abs. 2, 523 ZPO.) hat bei den OLG. wenig Wert, weil hier ja nur in den seltensten Fällen der Sieger I. Instanz Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt und auch Vergleichsanregungen verfrüht wären. Die ZPO. setzt als Regel die Verbindung der Begründung mit der Berufungseinlegung voraus (§ 520 Abs. 2) und hatte bis zum Jahre 1900 auch eine sachgemäße Vorschrift für rechtzeitige Beantwortung (§ 484 ä. F.); letztere wurde aber durch die Novelle von 1898 aufgehoben und seitdem die Begründung durch gesonderten Schriftsatz und damit deren Verzögerung immer häufiger, so daß entweder ohne Beantwortungsschrift verhandelt oder hierwegen der erste Termin vertagt werden muß.

ob in einzelnen Staaten von der Befugnis des Art. 125 EG. BGB., den § 26 GewO. auch auf die Eisenbahnen usw. zu erstrecken, Gebrauch gemacht worden ist oder nicht. Es gilt also auch für die bayerischen Eisenbahnen und zwar neben dem durch Art. 80 AG. BGB. für anwendbar erklärten § 26 GewO.

Nicht stichhaltig ist der Einwand des Beklagten, es müsse ein Verschulden der Eisenbahn nachgewiesen werden, weil für einen in der Vergangenheit liegenden, d. h. schon vor der Klageerhebung eingetretenen Schaden Ersatz verlangt werde. Allerdings wird in der Rechtsprechung solches behauptet (vgl. RGRKomm. § 906 A. 13; Landmann GewO. [6] I § 247; Recht 1909, 1938; 1910, 431; WarnR. 12, 343; abw. Gruch. 51, 154 ff.). Die Behauptung gilt aber nur für § 26 GewO.; auf Grund dieser Vorschrift kann nach der herrschenden Meinung allerdings ohne Nachweis eines Verschuldens nur für die Zukunft, d. i. für die Zeit nach der Klageerhebung, auf Schadensersatz (z. B. für die erhöhte Gefährdung und dadurch hervorgerufene Entwertung des anliegenden Grundstücks) geklagt werden. Im Gegensatz dazu gewährt aber der obenerwähnte allgemeine Rechtssatz eine weitere Schadensersatzpflicht ohne Nachweis des Verschuldens auch für den der Vergangenheit angehörigen Schaden. Der tiefere Grund liegt darin, daß der Grundeigentümer wegen der staatlichen Genehmigung rechtswidrige Eingriffe in sein Eigentum nicht abwehren kann; durch die Gewährung einer vom Nachweise des Verschuldens unabhängigen Schadensersatzklage soll ihm eine Gegenleistung verschafft werden. Dieser Grund trifft gerade bei Schädigungen durch Funkenflug zu. Funkenflug ist eine alltägliche, dem Eisenbahnverkehr anhaftende Erscheinung, die die Technik bisher nicht vollständig beseitigen konnte. Er bildet stets eine unzulässige Einwirkung i. S. des § 906 BGB. und ist bei geringen Entfernungen — wie hier — auch stets gefährlich (BayZfR. 1911, 244; EgersE. 28, 292; JW. 10, 619). Der Beklagte gibt selbst zu, daß die Herstellung von Einrichtungen unmöglich ist, welche den Funkenflug und seine schädlichen Folgen ausschließen. Der Grundeigentümer hat also kein Mittel, sich im Voraus dagegen zu wehren. Es bleibt ihm nichts übrig, als zu warten, bis ein Schaden entstanden ist. Regelmäßig wird er erst dann mit der Ersatzklage hervortreten. Die Rechtsprechung hat denn auch stets solche Klagen zugelassen, ohne den Nachweis eines Verschuldens zu fordern (vgl. RGRKomm. § 906 [18] und Staudinger a. a. O.; RGZ. 58, 130; JW. 10, 619 [18]; 04, 360 [16]; Recht 04, 617; WarnR. 13, 226). Insofern geht der Schutz des Grundeigentümers gegen Funkenflug nach jenem allgemeinen Rechtsgrundsatz weiter als der Schutz des § 26 GewO. Es ist nicht anzunehmen, daß durch Art. 80 AG. BGB. in Bayern der bisherige Rechtszustand zum Nachteil der Grundeigentümer geändert werden sollte. Schon nach früherem Recht war auch in Bayern als Ersatz für die ausgeschlossene Klage auf Betriebseinstellung eine an den Nachweis eines Verschuldens nicht geknüpfte Entschädigungsklage, nicht aber die in § 26 GewO. zugelassene Klage auf Herstellung von Schutzvorrichtungen zulässig; nur dieser verschiedenen Behandlung der Anlagen der Verkehrsunternehmen vor anderen gewerblichen Anlagen sollte der Art. 80 ein Ende machen (Henle-Schneider zu Art. 80). Die Eisenbahn kann sich gegen die Gefahren des Funkenflugs wohl nur durch die Begründung von Dienstbarkeiten schützen, in denen die Grundeigentümer auf künftige Ersatzansprüche verzichten (EgersE. 26, 208). (Urt. der I. ZS. vom 26. Nov. 1913, A 2729/12).

3223 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Hipp in München.

Bücheranzeigen.

Zweites Jahres-Supplement 1910/1911 (Band XXIII) zu Meyers Großem Konversations-Lexikon, sechste, gänzlich neubearbeitete und vermehrte Auflage. 1005 Seiten Text mit 994 Abbildungen, Karten und Plänen im Text und auf 90 Bildertafeln (darunter 9 Farbendrucktafeln und 7 selbständige Kartenbeilagen) sowie 3 Textbeilagen. (Verlag des Bibliographischen Instituts in Leipzig und Wien). In Halbleder gebunden Mk. 10.— oder in Prachtband Mk. 12.—.

Das Bestreben des Verlags von Meyers Großem Konversations-Lexikon, dieses bedeutende Werk auch weiter mit der unaufhaltsam vorwärts drängenden Zeit Schritt halten zu lassen, kommt durch die Herausgabe eines zweiten Jahres-Supplements (Band XXIII) zum Ausdruck, dessen vielseitiger Inhalt einmal vieles inzwischen Veraltete ergänzt, berichtigt und fortführt, uns sodann aber auch durch eine beträchtliche Reihe völlig neuer Artikel überrascht. Ein enzyklopädisches Jahrbuch für den Zeitraum 1910/1911 könnte der XXIII. Band mit Recht genannt werden. Zeitgemäß wie die Textgestaltung ist auch das umfangreiche und anschauliche Bildermaterial, das entweder in den Text eingefügt oder auf besonderen Tafeln in ein- und mehrfarbiger Ausführung beigegeben ist. Von schwarzen Tafeln seien herausgegriffen die Illustrationen zu den Artikeln: „Ballonphotographie", „Unterseeboote", „Feuermeldeanlagen", „Reklamebeleuchtung", „Wasserbau", „Kirchenbauten", „Universitätsbauten", „Moderne Grabmäler", „Elektrochemische Apparate", „Konservierungsapparate". Eine sehr interessante Zusammenstellung bieten die 4 Tafeln „Selbstbildnisse von Künstlern des 15.—20. Jahrhunderts", nicht minder die Gruppentafeln mit Porträten hervorragender Geologen, Botaniker, Zoologen, Chemiker, englischer und französischer Dichter der Gegenwart. Ganz hervorragend gelungen sind die farbigen Tafeln und die 7 neuen Karten. Kein Besitzer des Hauptwerkes sollte sich die Anschaffung auch des wohlgelungenen zweiten Jahres-Supplements entgehen lassen, dessen Nutzen und praktische Bedeutung auch als selbständiges Buch ohne weiteres einleuchtet.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Neunte Auflage bearbeitet von **Heinrich Könige**, Reichsgerichtsrat in Leipzig, **Albert Pinner**, Justizrat in Berlin, **Dr. Felix Bondi**, Justizrat in Dresden. Zweiter Band. VII, 1416 Seiten. Berlin 1913, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung. Mk. 22.50.

Im Jahrgang 1912 S. 244 ist der 1. Band der 9. Auflage angezeigt worden. Dem uneingeschränkt anerkennenden Urteile, das durch den 2. Band nach jeder Richtung bestätigt wird, muß noch beigefügt werden, daß ein mit peinlicher Sorgfalt bearbeitetes Verzeichnis der Gesetzesstellen und ein gründliches Verzeichnis nach der Wortfolge die Brauchbarkeit des Buches erhöhen.

Schweitzers Bayerischer Finanzkalender 1914. Herausgegeben von **Dr. Anton Schlecht**, K. Rentamtmann in Garmisch. München und Berlin 1914, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Mk. 2.50.

Der Kalender ähnelt in der Einteilung und Ausstattung dem Termin-Kalender für bayerische Juristen. Er enthält Aemterverzeichnisse, Tabellen, wichtige Vorschriften u. dgl. Von praktischem Wert ist neben der Uebersicht über die Besetzung der Rentämter seine Rentämterbeschreibung. Sie gibt einen Ueberblick über die politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere über die Lebensmittel- und Mietpreise, an jedem einzelnen Amtssitze und erwähnt die örtlichen Sehenswürdigkeiten und Naturschönheiten.

Knitschky, weil. Dr. jur. W. E. Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches. Fünfte vermehrte und verbesserte Auflage von **Otto Rudorff,** Oberlandesgerichtsrat in Hamburg. XXIV, 1024 Seiten. Berlin 1913, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H.

Die Ausgabe sammelt die in zahllosen Gesetzen und Verordnungen verstreuten Vorschriften des öffentlichen und des privaten Seerechts, erläutert sie durch kurze Verweisungen und Anmerkungen und führt die Ergebnisse der Rechtsprechung, sowie die seerechtliche Literatur an. Sie kann wegen der sorgfältigen und erschöpfenden Behandlung des Stoffes nur empfohlen werden.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Das Bayerische Zentralpolizeiblatt erscheint jetzt unter dem Namen „Bayerisches Polizeiblatt". Der Name wurde gleichzeitig mit dem Plane für das Blatt geändert. Der neue Plan vom 16. Januar 1914, der im Justizministerialblatt mit Bekanntmachung vom 23. Januar 1914 (S. 6) veröffentlicht wurde, bringt neben wesentlichen Verbesserungen der Stoffanordnung und der Sprache, insbesondere der Ausmerzung der zahlreichen Fremdwörter, die der alte Plan enthielt, einige nicht unwichtige sachliche Neuerungen. Künftig können auch Ausschreiben von Armenpflegschaftsräten zur Ermittelung des Aufenthalts von Personen, die sich der gesetzlichen Unterhaltspflicht entziehen, im Bayerischen Polizeiblatt veröffentlicht werden. Ferner wurden im Hauptblatt zwei neue Abteilungen geschaffen, die Abteilung 6 zur Bekanntgabe der von der Polizeidirektion München beanstandeten Bildstreifen für Lichtspiele und die Abteilung 5 für Ausschreiben gegen Jugendliche. Sie ist bestimmt

a) für Ausschreiben gegen Jugendliche, die aus einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt entlaufen sind, in der sie auf Anordnung einer Behörde untergebracht waren, oder die nach Anordnung einer Behörde in einer solchen Anstalt unterzubringen sind,
b) für Ausschreiben gegen entlaufene Jugendliche, wenn befürchtet wird, daß sie strafbare Handlungen begehen.

Die Schaffung dieser Abteilung 5 ist besonders zu begrüßen. Früher mußten Ausschreiben gegen Jugendliche, wenn der Jugendliche nicht gegen Einrückungsgebühr als vermißt ausgeschrieben werden konnte, in Abteilung 1 (Haftbefehle) oder in Abteilung 3c (Bemerkenswerte Notizen über Gaunerwesen) veröffentlicht werden.

Zweckmäßig ist auch, daß nach dem neuen Plane die halbjährigen Inhaltsverzeichnisse durch viertel- und ganzjährige ersetzt werden und im August jeden Jahres ein Rückstandsverzeichnis ausgegeben wird, das die noch nicht widerrufenen Haftbefehle und Steckbriefe der letzten 5 Jahre in Verbrechens- und Vergehensfällen enthält.

Die Mitteilungen der Staatsanwälte, Amtsanwälte und Gerichte. Den Staatsanwälten, Amtsanwälten und Gerichten sind im Laufe der Jahre so viele Mitteilungen vorgeschrieben worden, daß es dem einzelnen Beamten kaum mehr möglich war, alle in Betracht kommenden Vorschriften zu übersehen. Eine Besserung trat dadurch ein, daß § 20 der Dienstvorschriften für die Staatsanwaltschaft vom 29. Oktober 1910 den Staatsanwälten bei den Landgerichten zur Pflicht machte, ein Verzeichnis der Mitteilungen zu führen, die im Strafverfahren und in nicht strafrechtlichen Sachen gemacht werden müssen, und diese Vorschrift in § 28 der vorläufigen Geschäftsanweisung für die Amtsanwälte vom 21. September 1912 und in § 28 der Dienstvorschriften für die Amtsanwälte vom 29. November 1913 übernommen wurde. Allein bei der Fülle und Unübersichtlichkeit des Stoffes werden die Verzeichnisse, die hiernach von den einzelnen Staatsanwälten und Amtsanwälten angelegt werden mußten, manche Lücken aufgewiesen haben.

Nun hat das StMin. der Justiz die Mitteilungen zusammengefaßt, die in Strafsachen den Staatsanwälten bei den Landgerichten, den Amtsanwälten und den Gerichten und in nicht strafrechtlichen Sachen den Staatsanwälten bei den Landgerichten obliegen. Zunächst geschah dies in systematischer Weise durch die Bekanntmachung vom 29. November 1913 JMBl. S. 694. Dabei wurden verschiedene Mitteilungen erlassen, darunter einige, die sehr häufig zu machen waren. Auch wurden viele ältere Vorschriften unter Uebernahme ihres Inhalts in die Bekanntmachung aufgehoben. Die Bekanntmachung brachte so eine wesentliche Vereinfachung des Mitteilungswesens und eine bedeutende Geschäftserleichterung. Sie kündigte aber noch an, daß den Staatsanwälten und Amtsanwälten alphabetisch geordnete Verzeichnisse der Mitteilungen übersandt werden würden. Dies ist inzwischen geschehen. Die Verzeichnisse sind nach dem Muster angelegt, das den Staatsanwälten und Amtsanwälten für ihre Verzeichnisse vorgeschrieben war (s. JMBl. 1910 S. 971). Der Inhalt der maßgebenden Vorschriften ist möglichst erschöpfend wiedergegeben. Zahlreiche Verweisungen erleichtern die Benützung des Verzeichnisses. Sie können natürlich nach den Bedürfnissen der Praxis noch vermehrt werden. Hierfür und für Nachträge ist genügend Raum vorgesehen. Es ist immer nur die rechte Seite bedruckt, die linke ist aber mit dem Vordruck versehen.

3235

Die Leumundszeugnisse und die polizeilichen Personalakten. Eine Bek. des Staatsministeriums des Innern vom 23. Januar 1914 (Bayerische Staatszeitung Nr. 29 vom 5. Februar 1914, MABl. S. 38) trifft Anordnungen darüber, wie bei der Führung der polizeilichen Personalakten und bei der Ausstellung von Leumundszeugnissen Strafen behandelt werden sollen, deren Löschung im Strafregister durch einen allerhöchsten Gnadenerweis angeordnet ist (vgl. JMBl. 1913 S. 91). Solche Strafen sind in den Personalakten der Ortspolizeibehörden gleichfalls zu löschen. Sie sind ferner in Leumundszeugnissen nicht mehr zu erwähnen, außer wenn das Zeugnis von einer Behörde gewünscht wird, die auch Auskunft über gelöschte Vorstrafen verlangen kann und um deren Angabe ausdrücklich ersucht hat.

Die Behandlung der Akten in Begnadigungssachen. Eine Bek. vom 27. Januar 1914 (JMBl. S. 15) löst den Zweifel, ob die Vorschriften der Bek. vom 6. Mai 1911 über die Aktenführung in Begnadigungs- und Strafaufschubssachen (§ 7 und § 25 Abs. 2) auch für die Aktenstücke gelten, welche die bedingte Begnadigung betreffen. Sie ordnet aus Gründen der Zweckmäßigkeit an, daß auch diese von den Gerichtsakten abgesondert und gemeinsam mit den übrigen auf Begnadigungs- und Strafaufschubsgesuche erwachsenen Aktenstücken in einem Hefte verwahrt werden. Die Bek. vom 14. Dezember 1908, die bedingte Begnadigung betr. (JMBl. S. 285), erleidet dadurch einige Aenderungen. Im § 10 Nr. 11 fällt der 2. Halbsatz „und nimmt . . . . . . zu den Akten" weg (s. a. § 11 Abs. 2, § 12 Nr. 7, § 13 Nr. 7, wo die Vorschriften des § 10 für anwendbar erklärt sind).

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. I. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 6. München, den 15. März 1914. 10. Jahrg.

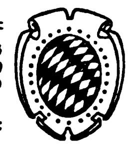
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten K. I. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Zustellung von Beschlüssen im amtsgerichtlichen Verfahren.

Von Dr. **Richard Kann**, Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

Die Frage, ob der über den Widerspruch des Schuldners gemäß § 900 III ZPO. ergehende Beschluß, auch wenn er verkündet worden ist, von Amts wegen zugestellt werden muß oder ob der Zustellungsbetrieb in diesem Falle dem Parteibetriebe überlassen bleibt, ist von Dittrich[1]) im ersteren, von Seuffert[2]) im letzteren Sinne beantwortet worden. Ich selbst habe in meinem Kommentar die letztere Ansicht vertreten.[3]) Ich will versuchen, sie näher zu begründen.

Den Ausgangspunkt der Untersuchung muß die Frage bilden, ob und inwieweit die Novelle von 1909 denn überhaupt in die Vorschriften über die Zustellung der Beschlüsse eingegriffen hat. Dabei scheint mir nun soviel sicher zu sein, daß eine auf die Zustellung von Beschlüssen bezügliche ausdrückliche Vorschrift in den Bestimmungen der Novelle nicht enthalten ist. Wenn Seuffert eine solche in der in § 496 I enthaltenen Verweisung auf den § 317 I erblickt, so kann ich ihm insoweit nicht folgen. § 317 I handelt nur von der Zustellung von Urteilen. Allerdings wird auch in dem die Zustellung der Beschlüsse regelnden § 329 auf § 317 I verwiesen. Daraus folgt aber nicht, daß die in § 496 I enthaltene Verweisung den § 329 II mitumfaßt.

Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung sind wir also für unsere Frage auf die Auslegung des § 496 I angewiesen. Ist nun daraus, daß in § 496 I nur Urteile von der Zustellung von Amts wegen ausgenommen worden sind, zu entnehmen, daß für Beschlüsse das Gegenteil gelten soll, daß mithin alle amtsgerichtlichen Beschlüsse von Amts wegen zuzustellen sind? Sehen wir näher zu. Mit den Worten: „Die Zustellung erfolgt . . . . von Amt wegen" gibt § 496 eine Vorschrift über die Form der Zustellung. Darüber, in welchen Fällen die in § 496 angeordnete Zustellungsform angewendet werden soll, fehlt es dagegen an einem Ausspruch. Das wird ganz deutlich, wenn man die entsprechenden Vorschriften des § 32 GewGG. daneben hält, der ja bekanntlich dem § 496 als Vorbild gedient hat:

> „Die Zustellungen in dem Verfahren vor den Gewerbegerichten erfolgen von Amts wegen.
> Urteile und Beschlüsse, gegen welche ein Rechtsmittel stattfindet, sind den Parteien zuzustellen, soweit diese nicht auf die Zustellung verzichten. Sonstige Urteile und Beschlüsse sind einer Partei nur zuzustellen, wenn sie nicht in Anwesenheit derselben verkündet sind . . . ."

Während also das Gewerbegerichtsgesetz außer der dem § 496 I entsprechenden Vorschrift über die Form der Zustellungen auch eine Bestimmung darüber gibt, welche Urteile und Beschlüsse in dieser Form zuzustellen sind, enthält sich die Amtsgerichtsnovelle einer solchen Anordnung.

Diese Betrachtung führt somit zu dem Ergebnis, daß die Novelle von 1909, da sie für das amtsgerichtliche Verfahren zwar eine Vorschrift über die Form der Zustellung gegeben, es aber unterlassen hat, vorzuschreiben, daß diese Form, sei es auf alle, sei es auf gewisse amtsgerichtliche Beschlüsse anzuwenden ist, hinsichtlich der Zustellung der amtsgerichtlichen Beschlüsse alles beim alten gelassen hat. Also:

1. Nicht verkündete Beschlüsse des Amtsgerichts waren schon nach dem Recht vor der Novelle

---

[1]) Im laufenden Jahrgang dieser Zeitschrift S. 37.
[2]) Ebenda S. 57.
[3]) Die gleiche Ansicht vertritt außer den von Dittrich angeführten Autoren auch Neukamp zu § 900. Dagegen lehren Skonietzki-Gelpcke, Note 5 zu § 329, daß alle verkündeten Beschlüsse des Amtsgerichts von Amts wegen zuzustellen seien.

(§ 329 III) in der Regel beiden Parteien von Amts wegen zuzustellen. In den Fällen aber, in welchen bisher ein Beschluß, sei es kraft ausdrücklicher Bestimmung, sei es nach dem Sinn des Gesetzes von Amts wegen nur dem Antragsteller, nicht auch dem Antragsgegner zuzustellen war, findet auch nach dem Recht der Novelle keine Zustellung von Amts wegen an den Antragsgegner statt. So ist unzweifelhaft der Beschluß, durch welchen das Amtsgericht ein Arrestgesuch zurückweist oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt, „dem Gegner nicht mitzuteilen" (§ 922 III). Das ist auch, wenn ich recht sehe, bisher von keiner Seite bezweifelt worden. — Ebenso ist der Beschluß des Amtsgerichts, durch welchen ein Arrest angeordnet wird (§ 922 II), dem Antragsgegner nicht zuzustellen. Es ist klar, daß der Arrestgläubiger das höchste Interesse daran hat, Zustellung und Vollziehung des Arrestes in einem Akt vornehmen zu können. Um ihm diese Möglichkeit im amtsgerichtlichen Verfahren nach der Novelle zu sichern, bedarf es nun aber keineswegs, wie Flechtheim[4]) meint, des Hinweises auf die besondere Natur des Arrestprozesses oder gar der Annahme, daß der Novellengesetzgeber den § 922 II übersehen habe. Vielmehr ergibt sich das gewünschte Ergebnis einfach daraus, daß die Novelle in die bestehende Ordnung der Zustellung der Beschlüsse überhaupt nicht eingegriffen hat. — Desgleichen ist der nicht verkündete amtsgerichtliche Beweissicherungsbeschluß dem Antragsgegner nicht zuzustellen.[5]) Diese Zustellung kann nach dem Sinne des § 491 nicht wohl von Amts wegen, sondern nur von der Partei betrieben werden: „Der Beweisführer ist verpflichtet, sofern es nach den Umständen des Falles geschehen kann . . . ." Der Richter hat die Beweisaufnahme zu veranstalten, ohne prüfen zu dürfen, ob der Dritte, den der Beweisführer geladen hat, der richtige Gegner ist, ja ob überhaupt eine Ladung erfolgt ist. Unter Umständen kann der Antragsteller auch ein Interesse daran haben, auf die bereits angeordnete Beweissicherung zu verzichten, ohne daß der Gegner etwas davon erfährt, daß ein solches Verfahren eingeleitet worden ist, so wenn das Gericht nur einem — für den Antragsteller wertlosen — Teil des Antrags stattgeben will und dieser es unter solchen Umständen vorzieht, die ganze Angelegenheit nicht erst aufzurühren.

Desgleichen ist in den Fällen, in welchen nicht verkündete Beschlüsse überhaupt nicht zuzustellen, sondern in einfacherer Form bekannt zu machen waren, z. B. durch Aushändigung der Urschrift an den Antragsteller (so gemäß § 829 ZPO.), durch formlose Mitteilung usw., durch die Novelle nichts geändert worden.

[4]) JW. 10, 471.

[5]) Ebenso Skonietzki-Gelpcke Note 1, Struckmann-Koch Note 1, Förster-Kann Note 1; a. M. Hellwig System 1, 741, Stein Note I, Seuffert Note 1.

2. Was die verkündeten Beschlüsse betrifft, so gilt — mangels einer entgegenstehenden Vorschrift der Novelle — auch im Amtsgerichtsverfahren der in den §§ 329 II, 312 II ZPO. ausgesprochene Grundsatz der Nichtzustellung. Den § 496 I mit Skonietzki-Gelpcke dahin auszulegen, daß nunmehr alle verkündeten Amtsgerichtsbeschlüsse zuzustellen seien, verbietet sich schon durch die Erwägung, daß dann das Amtsgericht mit einem Wust von überflüssigen und geradezu sachwidrigen Amtszustellungen belastet werden würde. Ich kann mich in dieser Beziehung auf die von Seuffert gegebenen Beispiele berufen. Die Frage kann somit überhaupt nur für Beschlüsse aufgeworfen werden, bei welchen die Zustellung nötig ist, um die Frist zur sofortigen Beschwerde in Lauf zu setzen. Sie muß aber auch für diese verneinend ausfallen. Da es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlt, so könnten für die Amtszustellung nur innere Gründe in Betracht kommen. Ein Amtsinteresse an der Herbeiführung der Rechtskraft eines Beschlusses besteht aber ebensowenig wie — abgesehen vom Fall des § 625 ZPO. — bei Urteilen. Es ist vielmehr in der Mehrzahl der Fälle für das Gericht ganz gleichgültig, ob die Frist zur sofortigen Beschwerde in Lauf gesetzt worden ist oder nicht. So insbesondere im Fall des § 900 III, wenn der Widerspruch des Schuldners für begründet erachtet worden ist. Hier ist für das Gericht die Angelegenheit zunächst erledigt: es ist Sache des Gläubigers, ob er weitere Schritte unternehmen und allenfalls Sache des Schuldners, ob er, selbst wenn der Gläubiger sich nicht rührt, die formelle Rechtskraft des Beschlusses herbeiführen will. Was nun schließlich den Fall der Zurückweisung des Widerspruchs gemäß § 900 III betrifft, so ist hier freilich die Zustellung des Beschlusses nötig, damit das Verfahren seinen Fortgang nehmen kann. Daraus folgt aber ebenfalls nichts dafür, daß die Zustellung von Amts wegen zu bewirken ist. Vielmehr führt auch hier wieder die Vergleichung mit der Urteilszustellung zum gegenteiligen Ergebnis: auch Zwischenurteile und bedingte Endurteile, von deren Rechtskraft die Fortsetzung des Verfahrens abhängt, sind nichtsdestoweniger im Parteibetriebe zuzustellen. Irgendein Grund, die Zustellung verkündeter Beschlüsse anders zu behandeln, scheint mir bei dem Schweigen des Gesetzes nicht gegeben zu sein.

Ueber Strafvollstreckung.

Von Edmund Zumian, Amtsrichter in Straubing.

Der Strafvollzug, besonders die Vollstreckung von Freiheitsstrafen, ist von einschneidenden Folgen für den Betroffenen begleitet. Peinliche Genauigkeit ist darum geboten und nirgends treten die Wirkungen von Versehen für deren Ur-

heber so stark in die Erscheinung wie hier. Irrtümer sind aber umso leichter denkbar, als nicht nur in den meisten Fällen ein rascher Entschluß nötig wird und nicht Zeit zur gemütlichen Erwägung bleibt, sondern auch das ganze Gebiet mit streitigen oder doch recht kitzligen Fragen übersät ist.

Wenn ich im folgenden einige Leitsätze der Strafvollstreckung hervorhebe, so geschieht dies in der Hoffnung, daß damit manchem die Bahn geebnet wird, der sich in den Stoff erst einarbeiten muß. Zur eingehenden Behandlung der Streitfragen, zur Erörterung bekannter Begriffe oder zur Entwicklung einer förmlichen Lehre über die Vollstreckung fehlt hier der Raum.

I. Der grundlegende Satz ist der, daß die Vollstreckung von Strafurteilen von deren Rechtskraft abhängt (§ 481 StPO.). Dagegen bedarf das rechtskräftige Urteil keiner Bestätigung (anders MStGO. § 416). Nur der Vollzug von Todesurteilen ist an gewisse weitere Voraussetzungen gebunden (§ 485 StPO.).

Rechtskräftig ist ein Urteil, gegen das überhaupt kein (ordentliches) Rechtsmittel zugelassen (z. B. erstinstanzielles Urteil des Reichsgerichts, § 136 GVG.) oder das nicht mehr mit einem solchen anfechtbar ist. Daher sind sofort vollstreckbar die bereits erwähnten Urteile, sowie die Urteile des RG.s und des Obersten Landesgerichts als Revisionsinstanz.[1]) Daraus ergibt sich, daß eine Vollstreckung nicht zulässig ist, solange ein Rechtsmittel läuft; eine Ausnahme hievon bilden die Bestimmungen der §§ 386 und 360 StPO.

Die Strafvollstreckung setzt also voraus, daß entweder ein Rechtsmittel nicht zulässig oder die Rechtsmittelfrist fruchtlos verstrichen oder der Rechtsmittelzug erschöpft, das ergriffene Rechtsmittel zurückgenommen oder endlich auf Einlegung verzichtet worden ist. Wo eine Umwandelung in Frage steht, ist zu prüfen, ob die Voraussetzung hiefür (Uneinbringlichkeit der Geldstrafe) gegeben ist.

Berechtigt zur Einlegung von Rechtsmitteln sind in erster Linie der Staatsanwalt und der Beschuldigte. An Stelle des Staatsanwalts tritt mitunter eine andere Behörde (so in Forstrügesachen nach Art. 114 ForstG. das Forstamt); in bestimmten Verfahren genießen andere Behörden ähnliche Rechte (vgl. §§ 459 ff. insbes. § 468 StPO., § 13 GVG.).

Ein Rechtsmittel können ferner ergreifen:

a) der Verteidiger, allerdings nicht gegen den ausdrücklichen Willen des Beschuldigten (§ 339 StPO.),

b) der gesetzliche Vertreter des Beschuldigten (§ 340 a. a. O.),

c) der Ehemann der Beschuldigten (§ 340 a. a. O.),

d) im Privatklageverfahren der Privatkläger und der Widerkläger — hier sei neben §§ 414 ff., 430 StPO. besonders auf die Fälle verwiesen, wo nach Nebengesetzen die Privatklage zulässig ist (s. Löwe Vorbem. zum V. Buch) —,

e) wer als Nebenkläger zugelassen wurde oder werden kann (§§ 435, 441 StPO.).

Außer dem Falle des § 435 II a. a. O. kann sich als Nebenkläger anschließen:

a) wer als Privatkläger auftreten kann (s. oben);

b) wer Buße beanspruchen kann (§ 443 a. a. O.); hierüber s. d. Zitate bei Löwe zu § 443. Die häufigsten Fälle sind die der §§ 188 und 231 StGB.

In solchen Fällen müssen daher die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit auch hinsichtlich dieser Personen vorliegen; dabei sind besonders auch die §§ 195, 196, 232 Abs. 3 StGB. zu beachten.

II. Je nach dem Umfange der Rechtskraft ist das Urteil unter Umständen nur teilweise vollstreckbar. Wenn von einem Urteil, das einen zusammengesetzten Ausspruch enthält, nur der eine Teil angefochten ist, kann es im übrigen vollstreckt werden, so z. B. wenn neben einer Strafe eine Vorsorgemaßregel ausgesprochen wird, wie Einziehung, Ueberweisung usw. Dasselbe ist der Fall, wenn mehrere Strafen gesondert nebeneinander erkannt sind. Anders bei Gesamtstrafen; hievon wird unten noch die Rede sein.

Umfaßt das Urteil mehrere Angeklagte, so ist für die Vollstreckung maßgebend, wem gegenüber das Urteil rechtskräftig ist. Gegen ihn ist die Vollstreckung zulässig, auch wenn von Mitverurteilten ein Rechtsmittel eingelegt wurde und dieses zu einer Aenderung oder Aufhebung des Urteils auch gegenüber den übrigen führen kann, die kein Rechtsmittel einlegten. Dies ist freilich bestritten (s. Löwe § 481). Die Vollstreckung hängt hier nicht etwa davon ab, daß der Verurteilte damit einverstanden ist; denn das Einverständnis ist kein Erfordernis des Strafvollzugs, eine unzulässige Vollstreckung aber würde auch nicht durch die Zustimmung des Verurteilten zulässig.

Der häufigste Fall wird die Aburteilung mehrerer Beschuldigter wegen einer gemeinschaftlich verübten Tat sein. Z. B. A und B sind bezichtigt, gemeinschaftlich (aber ohne sonstige Erschwerungsgründe) den C körperlich mißhandelt zu haben. Sie werden aus §§ 223a, 47 StGB. verurteilt. Gegen A wird das Urteil rechtskräftig, B ergreift Berufung und wird freigesprochen. Damit ist auch der Anklage gegen A wegen eines Vergehens aus § 223a a. a. O. der Boden entzogen. Es bleibt allenfalls noch § 223 a. a. O., wenn Strafantrag gestellt ist. Nach dem früher Gesagten könnte aber die Strafe gegen A inzwischen vollzogen werden. Trotz den hieraus sich ergebenden Bedenken wird man doch an der Möglichkeit des Strafvollzugs gegen Mitverurteilte festhalten müssen. Sonst dürfte man auch nicht vollstrecken, wenn einer der Mitangeklagten unbe=

[1]) Hinsichtlich der Erschöpfung des Rechtszugs s. §§ 338 ff., 354 ff., 374 ff. StPO.

kannten Aufenthalts und das Verfahren gegen die übrigen durchgeführt ist. Solche Verzögerungen wären mit dem Zwecke der Strafvollstreckung unvereinbar.

In der Praxis wird nicht selten ein Strafaufschub über den ungewissen Zwischenzustand hinweghelfen. § 79 der bayerischen Dienstvorschriften für die Staatsanwaltschaft bestimmt: „Hat von mehreren Verurteilten nur ein Teil Revision eingelegt, so kann der Staatsanwalt gegen die anderen die Strafvollstreckung einleiten. Ist aber mit der Möglichkeit zu rechnen, daß § 397 StPO. zur Anwendung kommen wird, so soll der Staatsanwalt die Vollstreckung in der Regel aufschieben, es müßte denn sein, daß sie infolge besonderer Umstände, z. B. wegen Fluchtgefahr, geboten ist."

III. Der Vollzug der **Freiheitsstrafe** geschieht durch eine besonders gestaltete Freiheitsentziehung. Die Gesamtheit aller Maßregeln, wodurch dieses Ergebnis herbeigeführt wird, ist die **Strafvollstreckung** (RGRspr. 4, 26, Entsch. 30, 135).

Strafvollstreckungsbehörde im Sinne des § 483 StPO. sind der Staatsanwalt und der Amtsrichter, denen die Herbeiführung und Ueberwachung des Vollzugs obliegt. Weiterhin werden noch der Gerichtsschreiber und insbesondere die Beamten der Gefängnisse und Strafanstalten tätig. Letztere haben die Ausführung der Freiheitsentziehung selbst zu bewirken.

Ueber die Gestaltung dieser enthält das Reichsrecht nur einzelne Richtlinien. Die Erlassung der eigentlichen Vorschriften ist der Landesgesetzgebung vorbehalten, die an den Bundesratsbeschluß vom 28. Oktober 1897 gebunden ist (Abdruck s. Nr. 45 des Zentralbl. f. d. Deutsche Reich von 1897). In Bayern gelten zurzeit für die Gerichtsgefängnisse die Hausordnung vom 3. Januar 1910 (JMBl. S. 25) und für die Strafanstalten die Hausordnung vom 20. September 1907 (JMBl. S. 309).[2] Die künftige Gesetzgebung wird wohl dem Bedürfnisse nach einem Reichs-Strafvollzugsgesetze Rechnung tragen. Die Verquickung solcher Vorschriften mit dem materiellen Strafrechte, wie sie der Vorentwurf und der Gegenentwurf zu einem neuen Strafgesetzbuch vorsehen, oder auch mit dem Prozeßrechte ist unangebracht.

Aus dem Gesagten ergibt sich der Begriff der Strafhaft i. w. S. Sie ist eine besonders gestaltete Freiheitsentziehung an hiefür bestimmten Orten. Daraus ergibt sich, daß eine andere Verwahrung nicht als Strafhaft gelten kann, z. B. die irrtümliche Aufnahme eines Strafgefangenen in Polizeigewahrsam.

In diesem Sinne stellt auch die JMBek. vom 6. Mai 1911 über das Verfahren in Begnadigungs- und Strafaufschubssachen (JMBl. S. 155 ff.) den Begriff der Strafhaft auf als der Haft seit der Aufnahme in die Strafanstalt oder das Gefängnis, wo der Verurteilte die Strafe zu verbüßen hat (s. § 11 Abs. III und BayZfR. 1911 S. 293). Damit ist aber auch der Uebergang zum Begriff der Strafhaft i. e. S., der Strafverbüßung gegeben. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß bei ersterem Begriffe nur der Zustand, bei letzterem neben diesem auch die Wirkung ausgedrückt wird.

Die Strafverbüßung setzt aber voraus, daß

a) sich die Freiheitsentziehung auf ein verurteilendes Erkenntnis stützt,

b) daß sie dem Willen der Strafvollstreckungsbehörde entspricht.

Zu a. Fehlt das Erkenntnis, so kann man nicht vom Vollzug einer Strafe sprechen. Das StGB. gebraucht allerdings in § 345 auch für solche Fälle den Ausdruck „Vollstreckung einer Strafe". Dort ist aber der Begriff anders auszulegen wie in § 483 StPO. Es ist erforderlich, daß das Erkenntnis (im Rahmen dieser Abhandlung: das Urteil) noch zurecht besteht, also nicht etwa aufgehoben oder abgeändert ist (vgl. § 399 ff. StPO.), daß weiterhin die Wirkungen noch fortdauern, nicht etwa die Strafe erlassen oder der Strafanspruch des Staats durch Verjährung der Vollstreckung erloschen ist.[3])

Wie betont, ist die erste Voraussetzung des Strafvollzugs die Rechtskraft der Entscheidung. Trotzdem ist eine Freiheitsentziehung, die diesem Grundsatze zuwider vor dem Eintritte der Rechtskraft erfolgt, Strafhaft i. e. S. Das gleiche gilt, wenn eine für den Uneinbringlichkeitsfall erkannte Freiheitsstrafe vollstreckt wird, obwohl die Uneinbringlichkeit gar nicht gegeben, ja vielleicht die Beitreibung gar nicht versucht worden ist (§§ 28 ff. StGB.; §§ 491 StPO.; JMBek. vom 24. September 1879 §§ 21 ff., JMBl. 1436).

Eine besondere Gefahr in letzterer Richtung liegt nicht vor, da sich der Verurteilte jederzeit durch Erlegung des Geldbetrags befreien kann.

Nicht anders, wenn Hindernisse nicht beachtet wurden, die dem Strafvollzuge zeitweise oder auch dauernd entgegenstehen, z. B. Strafaufschub, Gewährung einer Bewährungsfrist usf. (vgl. BayObLG. 5, 247; 7, 343; BlfRA. Bd. 67 S. 189).

Man braucht also in solchen Fällen nicht auf eine fingierte Strafvollstreckung oder anzurechnende Haft usw. zurückzugreifen oder gar an eine nochmalige Vollstreckung zu denken. Ebensowenig ist es zulässig, die an erster Stelle erkannte Geldstrafe noch beizutreiben. Die Strafe ist verbüßt.

Allerdings wird dieser Satz auf eine Probe gestellt, wenn nämlich eine Strafe versehentlich auf

[2]) Erläutert von Degen und Dr. Klimmer („Die Strafvollstreckung in den bayerischen Gerichtsgefängnissen und Strafanstalten", J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier), München und Berlin 1911).

[3]) Ueber die Vollstreckbarkeit bei Wiederaufnahme und Wiedereinsetzung s. §§ 400 und 47 StPO.



Grund eines anfechtbaren Urteils vollstreckt, das Erkenntnis aber im Rechtsmittelwege aufgehoben oder gemindert wird. Dieser Fall ist an sich wesentlich von dem verschieden, wo der Erfolg durch Wiederaufnahme eines rechtskräftig geschlossenen Verfahrens erreicht wird. Die Behandlung ist aber in beiden Fällen gleich. Hier wie dort entfallen die Wirkungen der Strafverbüßung mit der Aufhebung des Erkenntnisses.

Zu b. Erforderlich ist ferner eine Anordnung der Strafvollstreckungsbehörde (§ 483 StPO.), gleichviel in welcher Form sie vorliegt.

Eine Vollstreckung ohne diese oder gar gegen den Willen der Strafvollstreckungsbehörde ist keine Strafverbüßung (RGRspr. 4, 26). Sie wird es aber durch eine hierauf gerichtete Willensäußerung der Strafvollstreckungsbehörde. Diese ist auch noch möglich, wenn die Freiheitsentziehung schon beendet ist. Der Strafanspruch des Staates ist dann allerdings schon getilgt; es bedarf deshalb keiner Vorladung zum Strafantritt mehr. Eine Verständigung des Verurteilten vom Sachverhalt und den getroffenen Verfügungen ist dagegen nicht zu umgehen. Wenn alles nach der Regel läuft, sind solche Fälle ja nicht denkbar. Das Versehen findet aber namentlich durch verstümmelte Telegramme und Hörfehler am Telephon überallhin den Weg.

IV. Die Strafzeit deckt sich in der Regel mit der Strafhaft. Doch begegnet ihre Berechnung und Feststellung öfters Schwierigkeiten. Im Regelfalle sind die Grenzpunkte Aufnahme und Entlassung.

Ist aber die Aufnahme der tatsächliche Eintritt in das Gefängnis oder die Erklärung der Aufnahme durch den diensthabenden Beamten? Das Letztere ist richtig. Gewöhnlich werden ja der Einlaß und die Aufnahme zeitlich zusammenfallen. Mitunter kann aber ziemlich viel Zeit dazwischenliegen, so wenn die Persönlichkeit erst festgestellt werden muß oder wenn zweifelhaft ist, ob die Verfügung der Strafvollstreckungsbehörde noch wirksam ist usf. Da diese Prüfung der Aufnahme vorausgeht (s. § $\frac{25}{1}$ HausO. f. d. $\frac{\text{Gerichtsgefängnisse}}{\text{Strafanstalten}}$), fällt die Zeit der vorläufigen Verwahrung nicht unter die Strafzeit (dagegen Degen-Dr. Klimmer). Der vorläufig Verwahrte ist nicht Strafgefangener und wird auch nicht als solcher behandelt. Sonst müßte man auch dann, wenn z. B. jemand wegen mangelnder Belege vorläufig verwahrt und zurückgewiesen wurde, später aber nach Ergänzung des Mangels Aufnahme fand, die erste vorläufige Verwahrung auf die Strafzeit anrechnen. Das geschieht wohl nirgends.

Die Aufnahme muß nicht ausdrücklich erklärt werden. Sie ist erklärt, wenn die Zurückweisung nicht unverzüglich erfolgt. Die Beurkundung der Aufnahme ist kein wesentliches Erfordernis, wenn auch vorgeschrieben und ein Beweismittel.

Das nämliche gilt für die Entlassung. Zur Strafvollstreckung gehören daher nicht Maßregeln, die nur zur Herbeiführung des Vollzugs dienen und ihn sichern; umgekehrt wird aber der Lauf der Strafzeit, sofern sie nicht durch eine Verfügung unterbrochen wird, nicht dadurch gestört, daß der Gefangene vom Strafort anderswohin verbracht wird.

V. Eine große Anzahl von Verurteilten kann sich nicht bequemen, freiwillig die Strafe anzutreten oder zieht es vor, sich unsichtbar zu machen, so daß nur der Versuch bleibt, mit einem Vorführungs- oder Haftbefehl ihrer habhaft zu werden. Hier soll der Kürze halber nur vom Haftbefehl nach § 489 StPO. gesprochen werden. Diese Haft ist keine Untersuchungshaft i. S. der §§ 482, 112 ff. StPO., die anrechnungsfähig wäre. Aber auch von einer Strafhaft ist nicht die Rede. Deshalb findet in der Regel keine Anrechnung statt (OLG. München 10, 66).

1. So wird als Strafhaft nicht angerechnet die Zeit von der Verhaftung nach § 489 a. a. O. bis zur Einlieferung an den Strafort, gleichviel

a) ob sie auf den Transport allein entfällt oder aber auch inzwischen eine Verwahrung in einem anderen Gefängnisse oder etwa einem für kranke Gefangene bestimmten Gefängnisse erfolgt (OLG. München 3, 596; 10, 146),

b) ob der Verhaftete sich vorher auf freiem Fuße befand, sich zum Strafantritt meldete, aber mangels eigener Barmittel in die Strafanstalt verschubt werden mußte (desgl. 3, 446; 2, 137), oder

c) von einem Strafort an den anderen überstellt wurde (desgl. 4, 280, 463; BayObLG. 3, 407), oder endlich

d) vom Arbeitshaus in eine Strafanstalt verbracht wurde (OLG. München [= OLG. M.] 4, 464).

2. Angerechnet wird dagegen u. a.

a) die Zeit, die — ohne daß ein Haftbefehl nach § 489 StPO. vorliegt — ein Verurteilter auf dem Transporte aus einer Strafanstalt in eine andere zur Verbüßung einer weiteren Freiheitsstrafe zubringt; es wird so angesehen, als ob die zweite Strafe sich unmittelbar an die erste angeschlossen hätte.

Dieser Fall und der unter 1 c berühren sich; der wesentliche Unterschied liegt darin, daß dort ein Haftbefehl nach § 489 StPO. erlassen wurde (OLG. M. 3, 431; BayObLG. 1, 112).

Angerechnet wird ferner

b) regelmäßig die Zeit, die darauf verwendet wird, den Strafgefangenen, dessen Strafhaft nicht unterbrochen wird, zur Erledigung eines anderen Verfahrens in ein anderes Gerichtsgefängnis zu verbringen und dort zeitweilig zu verwahren (OLG. M. 1, 268).

c) Die Dauer des Aufenthalts des Verurteilten in einer Krankenanstalt (Heilanstalt usw.), wohin er nach Strafantritt und ohne Unterbrechung der Strafhaft verbracht wurde; ausgenommen ist der Fall, daß ein Verurteilter die Krankheit absichtlich

herbeiführte, um fortzukommen (§ 493 StPO., BayObLG. 2, 158).

Wenn der Verurteilte nur in die Krankenabteilung des Gefängnisses verbracht wird, versteht es sich von selbst, daß die Strafhaft fortläuft. Das ObLG. scheint die Anwendung des § 493 StPO. auch auf andere Fälle ausdehnen zu wollen, z. B. wenn ein Strafgefangener sich einer fingierten Tat an einem weit entfernten Orte bezichtigt, um bei der Verschubung die Flucht versuchen zu können. Dies wäre nicht richtig. Hier kann allein die Strafunterbrechung Wandel schaffen.

d) Die Zeit, die ein Strafgefangener aus einem ihm nicht anzurechnenden Grunde in einem zur Verbüßung seiner Strafe nicht bestimmten Verwahrungsorte verbringt, z. B. bei Ueberfüllung des zuständigen Straforts (OLG. M. 4, 450).

Ein Gesetz mit mathematischen Formeln gibt es nicht. Die Berufung auf den toten Buchstaben tötet den Geist der Vorschrift, bringt Härte statt Gerechtigkeit, Unrecht statt Strenge. So muß auch und namentlich in der Strafvollstreckung die Auslegung sich mitunter vom Buchstaben loslösen.

So kann es sein, daß die Aufnahme des Verurteilten am Straforte ohne sein Verschulden verzögert wird, der Transport sich unnötig in die Länge zieht usw. In diesen Fällen ist die Verwahrung von dem Zeitpunkte an auf die Strafe anzurechnen, in dem die Aufnahme unter gewöhnlichen Verhältnissen hätte erfolgen können: Voraussetzung ist, daß die Verzögerung nicht durch den Verurteilten selbst, etwa durch einen Fluchtversuch, herbeigeführt wurde.

Das OLG. München hat einen engherzigen Standpunkt eingenommen; diese Anschauung ist indes zumeist abgelehnt worden (BayObLG. 9, 157; 13, 233 und die dort. Zit.).[4])

Stellung muß gegen den Satz genommen werden, daß der Haftbefehl des § 489 StPO. auch stillschweigend erlassen werden könne, insbesondere dann als erlassen zu gelten habe, wenn die Strafvollstreckungsbehörde den Verurteilten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils im Gefängnisse zurückbehält (BlfRA. Bd. 64 S. 433). Es gibt keine stillschweigend erlassenen Haftbefehle, ebensowenig wie es eine stillschweigend betätigte Strafvollstreckung gibt. Es besteht auch kein Bedürfnis nach einer Erleichterung in dieser Richtung. Die einschneidende Maßregel ist der paar Zeilen wert. Wenn jemand nach Rechtskraft des Urteils — ohne Erlaß eines Haftbefehls nach § 489 StPO. — im Gefängnisse zurückbehalten wird, so gilt dies als Strafverbüßung (s. oben).

(Schluß folgt).

[4]) In diesem Sinne ist auch die in BlfRA. Bd. 67 S. 189 angeschnittene Frage zu beantworten.

Die zwangsweise Verwaltung auf Grund des § 1134 BGB.

Von Rechtsanwalt Dr. Fritz Rockstroh in Berlin-Niederschönhausen.

In der Rechtslehre herrscht allgemein grundsätzliche Uebereinstimmung darüber, daß es zulässig ist, dem Eigentümer unter den Voraussetzungen des § 1134 BGB. die Verwaltung seines Grundstücks zu nehmen und einen Verwalter einzusetzen. Streit besteht aber darüber, ob der Prozeßrichter den Verwalter zu bestellen und dessen Stellung abzugrenzen hat, oder ob seine Verfügung die Grundlage einer vom Vollstreckungsrichter nach den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes einzuleitenden und fortzuführenden Zwangsverwaltung bildet. Da es im freien Ermessen des die Anordnung erlassenden Richters steht, die Maßregeln anzuordnen, die er zur Erreichung des Zwecks für erforderlich hält, so ist es zulässig, daß er in der Verfügung den Verwalter benennt und seine Stellung abgrenzt. Er kann auch die Herausgabe des Grundstücks an den Verwalter anordnen, kann sagen, in welcher Weise die Herausgabe geschehen soll, und kann die Geschäfte aufzählen, die der Verwalter führen soll. Es fragt sich nur, ob er dies tun muß, und wie zu verfahren ist, wenn er es unterlassen hat.

Es muß unterschieden werden zwischen dem Erlaß des Urteils oder der einstweiligen Verfügung und dem Vollzuge. Der Erlaß liegt dem Prozeßgericht ob, der Vollzug dem Vollstreckungsgericht. Lindemann (Recht 1903 S. 204 ff.) meint nun, eine Verfügung, die sich auf die Anordnung einer Verwaltung beschränke, sei eine bloße Form; einen greifbaren Inhalt erhalte sie erst durch die Bestimmung des Verwalters und die Bezeichnung seiner Befugnisse; ohne diese Bezeichnung sei die Rechtsstellung des Verwalters völlig unbestimmt; falls das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht über diese Befugnisse befinden wollte, würde es sich in unzulässiger Weise an die Stelle des Gerichts der einstweiligen Verfügung setzen, das allein zu ermessen habe, welche Maßregeln nach Lage des Falls erforderlich seien. Derartige Maßnahmen des Amtsgerichts würden nicht einen Vollzug, sondern eine Ergänzung der unvollständigen richterlichen Anordnung darstellen. Man müsse deshalb von dem Prozeßgericht auch die Ernennung des Verwalters und die Begrenzung seiner Befugnisse verlangen.

Diese Ausführungen gehen fehl. Wenn das Prozeßgericht bestimmt: die Verwaltung des Grundstücks wird auf Grund von § 1134 Abs. 2 BGB. angeordnet, so darf sich der Vollstreckungsrichter nicht damit begnügen, zu sagen, dies sei ihm nicht bestimmt genug, er lehne deshalb ein Einschreiten ab, lasse also den Antragsteller — wenigstens für eine gewisse Zeit — schutzlos, sondern er muß aus dem Sinn der Worte und dem Zusammenhang der Gesetzesbestimmungen ergründen, was der Prozeßrichter mit seiner Anordnung hat sagen wollen.

Da sich im Gesetz keine Vorschriften über eine auf Grund des § 1134 Abs. 2 BGB. angeordnete zwangsweise Verwaltung finden, so muß versucht werden, ihr Wesen und die für sie anzuwendenden Vorschriften durch Heranziehung ähnlicher Fälle festzulegen. Wenn man erwägt, daß die Bestellung eines Verwalters auf Grund des § 1134 Abs. 2 BGB. die Verhütung einer infolge der Einwirkung des Eigentümers zu besorgenden Verschlechterung des Grundstücks bezweckt, so kann man nicht umhin, § 1134 Abs. 2 BGB. auf eine Linie zu stellen mit den §§ 1052, 1054, 1070, 2128 BGB., 94 ZVG. Bei allen diesen Vorschriften handelt es sich um die Sicherung der an einem Grundstück berechtigten Personen, und in allen Fällen ist gesagt, daß die Verwaltung nach den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes zu führen ist. Die Anordnung des Verfahrens und die Bestellung des Verwalters erfolgt in allen diesen Fällen nach Lage der Sache immer durch das Vollstreckungsgericht. Ich sehe deshalb keinen Anlaß, weshalb bei der Bestellung eines Verwalters auf Grund des § 1134 Abs. 2 BGB. anders verfahren werden soll. Das Prozeßgericht ordnet an, daß die Verwaltung zulässig ist und daß sie einzutreten hat. Der Vollstreckungsrichter vollzieht diese Anordnung, indem er das Verfahren einleitet und den Verwalter benennt. Die Befugnisse des Verwalters ergeben sich aus einer entsprechenden Anwendung des Zwangsversteigerungsgesetzes.

Die Ansicht Lindemanns ist auch aus praktischen Rücksichten nicht haltbar. In der Regel wird die zwangsweise Verwaltung durch einstweilige Verfügung angeordnet. Die einstweilige Verfügung soll dem Antragsteller auf möglichst schnellem Wege Schutz gewähren. Falls nun das Landgericht den Verwalter in seiner Verfügung zu benennen hätte, müßte es erst durch Nachfrage bei dem Amtsgericht des Ortes, in dem das Grundstück liegt, feststellen, wer zur Uebernahme der Verwaltung befähigt und bereit ist. Selbst wenn der Antragsteller bereits eine Person als Verwalter benennen sollte, müßte erst festgestellt werden, ob diese geeignet ist. Vor allen Dingen würde sich die Prüfung auch darauf zu erstrecken haben, ob nicht zu befürchten ist, daß der vom Antragsteller benannte Verwalter einseitig nur die Interessen des ihn benennenden Hypothekengläubigers vertreten wird. Seine Bestellung wäre dann verfehlt. Auch der Grund, daß das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht keinen Ueberblick über die Sachlage habe, ist m. E. nicht durchschlagend. Gerade das Gegenteil ist der Fall. Das Vollstreckungsgericht soll nicht entscheiden, sondern die bereits erlassene Verfügung vollziehen. Der Antragsteller legt ihm eine Entscheidung vor, nach der auf Grund von § 1134 Abs. 2 BGB. die Verwaltung des Grundstücks angeordnet wird. Der Vollstreckungsrichter entnimmt hieraus, daß die Besorgnis besteht, durch die Einwirkung des Eigentümers könne das Grundstück in einer die Hypothek gefährdenden Weise verschlechtert werden, und daß deshalb zur Erhaltung des Grundstücks in seinem bisherigen Bestande eine Verwaltung einzuleiten ist, die sich durch entsprechende Anwendung der Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes regelt. Er kann dann seine Maßnahmen viel besser treffen, als das vielleicht weit entfernte Landgericht. Er weiß, wer sich für eine Verwaltung der bezeichneten Art am besten eignet. Er kennt — vorausgesetzt, daß es sich um ein kleines Amtsgericht handelt — wahrscheinlich das Grundstück, den Eigentümer und den Hypothekengläubiger. Er ist also in der Lage, viel zweckentsprechender den Verwalter zu bestimmen und zu unterweisen, den er zu beaufsichtigen und mit dem zusammen er zu arbeiten hat als das Landgericht. Ins Einzelne gehende Anordnungen des Prozeßgerichts würden diesen nur bei der Durchführung der Verwaltung behindern.

Zu all dem kommt noch hinzu, daß Lindemann übersehen hat, was geschehen soll, wenn der in der Verfügung des Prozeßgerichts benannte Verwalter wegfällt, sei es, daß er stirbt oder daß er sein Amt niederlegt oder nach Erlaß der einstweiligen Verfügung, aber vor Antritt seines Amtes seine Erklärung zurückzieht, durch die er sich zur Uebernahme des Amtes bereit erklärt hat. Soll jetzt das Vollstreckungsgericht einen neuen Verwalter bestellen oder soll die einstweilige Verfügung hinfällig sein und der Antragsteller bis zum Erlaß einer neuen ohne Schutz gelassen werden? M. E. kann die Frage nur in ersterem Sinne beantwortet werden. Daraus ergibt sich aber, daß die Bestellung des Verwalters durch das Vollstreckungsgericht auch von vornherein zulässig ist.

Belanglos erscheint mir auch der Einwurf Lindemanns (Recht 1908 S. 635), daß es fraglich sei, ob das Vollstreckungsgericht das auf einer einstweiligen Verfügung beruhende Verfahren aufheben dürfe, falls der zur Fortsetzung erforderliche Geldbetrag nicht vorgeschossen werde oder ob es an das Gericht der einstweiligen Verfügung berichten müsse, daß das Verfahren mangels des erforderlichen Kostenvorschusses nicht durchgeführt werden könne. Auch wenn man sich der Ansicht Lindemanns anschließt, bleibt die hier angeregte Frage bestehen. Sie erledigt sich aber dadurch, daß das Vollstreckungsgericht über den Vollzug selbständig zu beschließen hat. Voraussetzung für ein Tätigwerden des Vollstreckungsgerichts und seines Gehilfen — des Verwalters — ist, daß die Kosten vorhanden sind. Ist dies nicht der Fall, so stellt das Vollstreckungsgericht seine Tätigkeit ein. (Vgl. auch § 934 ZPO.).

Pusch (in Gruchot Bd. 45 S. 314 ff.), der derselben Ansicht ist wie Lindemann, geht davon aus, daß der Arrest die Befriedigung des Gläubigers wegen einer Geldforderung im Wege der Zwangsvollstreckung in bewegliches und unbewegliches Vermögen nicht herbeiführen, sondern nur sichern will,

und daß ebenso die einstweilige Verfügung die spätere Zwangsherbeiführung einer geschuldeten „Individualleistung" nur vorbereiten will. Er kommt zu dem Schluß, daß auf den Vollzug der einstweiligen Verfügung entsprechend anzuwenden sind die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung und die über den Arrestvollzug, daß aber von der Anwendung die Vorschriften auszuschließen sind, die nur für den Arrestvollzug bestimmt und in dem dem Arrest eigentümlichen Sicherungszwecke begründet sind. Er sagt: die Sequestration nach den §§ 848, 855 ZPO. sei als ein Zwischenabschnitt des Zwangsvollstreckungsverfahrens geregelt, dazu bestimmt, die Zwangsvollstreckung in die herauszugebende Sache nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften zu ermöglichen, sie sei aber keine Zwangsverwaltung im Sinne des Zwangsversteigerungsgesetzes. Auch die nach § 857 ZPO. zulässige Verwaltung sei nicht nach den Sondervorschriften für die Zwangsverwaltung der unbeweglichen Sachen zu führen. Die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung seien daher zwar entsprechend anzuwenden, die Bestimmungen aber, welche nur die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen bewirken sollten, insonderheit die Sondervorschriften über die Zwangsverwaltung von Grundstücken seien auszuscheiden. Die Vollstreckung habe nach dem 3. Abschnitte des 8. Buches der Zivilprozeßordnung stattzufinden, da es sich bei der eine Sequestration anordnenden einstweiligen Verfügung nicht um einen Schuldtitel handle, der vom Schuldner die Zahlung eines Geldbetrages erheische. Da indessen die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anwendbar seien, sei es statthaft, soweit der 3. Abschnitt nicht genügenden Anhalt über die Art der Vollstreckung im einzelnen gebe, die maßgebenden Bestimmungen der Abschnitte 1 und 2 insoweit heranzuziehen, als sie nicht ausschließlich für die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen bestimmt seien.

Demzufolge ist er der Ansicht, daß der Richter nicht nur die Sequestration anordnen dürfe, da die Verfügung mit solchem Inhalte nicht vollstreckungsfähig sei. Er müsse vielmehr den Inhalt seiner Verfügung so gestalten, daß er vollstreckbar sei. Die Richtschnur gebe ihm der 3. Abschnitt des 8. Buches. In Betracht kämen besonders die §§ 883, 885 ZPO., wonach der Gerichtsvollzieher, wenn der Schuldner eine Sache herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen habe, die Sache wegnehme, den Schuldner aus dem Besitze setze und den Gläubiger in den Besitz einweise. (Ebenso auch Heinze im ZBlFG. Bd. 4 S. 204, 402 ff., der jedoch nicht näher sagt, worin die Bestimmung des Inhalts der einstweiligen Verfügung liegen soll.) Infolgedessen will Pusch, weil in der Zivilprozeßordnung über die Stellung des Sequesters nichts gesagt ist, in dieser Beziehung das Zwangsversteigerungsgesetz anwenden.

Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß der Richter in der von Pusch vorgeschlagenen Weise verfahren kann. Er muß es aber nicht tun. Nach Pusch wäre eine nur die zwangsweise Verwaltung anordnende Verfügung nicht vollstreckbar. Sie muß vielmehr nähere Angaben über die Art der Vollstreckung enthalten. Pusch will nun aber selbst auf die Stellung des Sequesters das Zwangsversteigerungsgesetz angewendet wissen. Es spricht nichts Erhebliches dagegen, daß dies nicht auch für seine Bestellung zulässig ist. Die Bestellung des Verwalters ist doch im Hinblick auf die verantwortliche Tätigkeit, die er später auszuüben hat, und in der ihn das Vollstreckungsgericht beaufsichtigt, nicht so besonders wichtig, daß es erforderlich wäre, noch eine Trennung vorzunehmen.

Die Anwendung des 3. Abschnitts des 8. Buches der Zivilprozeßordnung paßt auch nicht für Fälle der vorliegenden Art. Es handelt sich dort um die Vollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einer Sache und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen. Das Urteil oder die einstweilige Verfügung muß also dahin lauten, daß der Beklagte eine Sache herausgeben oder eine Handlung vornehmen oder eine solche unterlassen soll. Hier aber geht der Schuldtitel auf Anordnung der zwangsweisen Verwaltung. Der Verwalter, an den das Grundstück herauszugeben ist, ist nicht „Gläubiger", sondern wird amtlich tätig infolge der Anordnung des Gerichts.

Auf einem Trugschluß beruht auch die Folgerung, daß das Zwangsversteigerungsgesetz deshalb nicht angewendet werden könne, weil es die Vollstreckung wegen einer Geldforderung bezwecke, hier es sich aber darum handle, die Zwangsvollstreckung in die herauszugebende Sache nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen gegebenen Vorschriften zu ermöglichen. Die gemäß § 1134 Abs. 2 BGB. angeordnete zwangsweise Verwaltung dient gar nicht dazu, die Zwangsvollstreckung in die herauszugebende Sache zu ermöglichen. Die Zwangsvollstreckung als solche ist möglich. Der Eigentümer schafft ja nicht das Grundstück beiseite. Die zwangsweise Verwaltung dient vielmehr nur dazu, das Grundstück in seinem Bestande zu erhalten. Der Gläubiger soll nicht davor geschützt werden, daß das Grundstück ihm entzogen wird, sondern davor, daß sein Anspruch möglicherweise nicht ganz befriedigt wird. Es handelt sich also nicht um die Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe des Grundstücks, sondern um die Sicherung der Zwangsvollstreckung zur Befriedigung wegen eines einer Geldforderung gleichstehenden Hypothekenanspruchs. Die Vorschriften der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen und damit die des Zwangsversteigerungsgesetzes sind also sehr wohl anwendbar.

§ 857 ZPO. kann außer Betracht bleiben. Er bezieht sich ausdrücklich auf die Zwangsvollstreckung

in Vermögensrechte, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind.

Dieselben Gründe, die gegen Pusch sprechen, treffen auch auf die Ausführungen von Heinze (a. a. O.) zu.

Staudinger (Bd. III S. 770), Planck (Bd. III S. 574), Seuffert (Bd. II S. 685) und der Kommentar der Reichsgerichtsräte (Bd. I S. 1061) z. B. wollen die Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes nur dann entsprechend angewendet wissen, wenn dies vom Prozeßgericht bestimmt ist. Sie sprechen sich aber nicht darüber aus, wie das Verfahren gehandhabt werden soll, wenn das Prozeßgericht keine Vorschriften gegeben hat. Da dann überhaupt nichts vorhanden wäre, wonach der Vollstreckungsrichter sich richten könnte, wäre das Urteil oder die einstweilige Verfügung hinfällig und nicht vollstreckbar — gewiß ein unerwünschtes Ergebnis. Gesetzt aber den Fall, daß der Prozeßrichter allgemeine mit denen des Zwangsversteigerungsgesetzes nicht übereinstimmende Anweisungen gegeben hat, so können doch Fälle während der Verwaltung eintreten, an die der Prozeßrichter nicht gedacht hat, und auf die die gegebenen Anweisungen nicht passen? Was soll dann geschehen? Soll eine Ergänzung der einstweiligen Verfügung beantragt werden oder soll die Verwaltung aufgehoben oder sollen jetzt die Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes entsprechend angewendet werden?

Hieraus ergibt sich schon, daß man in der Praxis nur zu einem befriedigenden Ergebnis kommen könnte, wenn der Prozeßrichter ein für alle Mal bei einer derartigen Entscheidung hinzusetzte: „Auf die Einleitung und die Durchführung der Verwaltung sind die Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes entsprechend anzuwenden.“ Dies würde schließlich so selbstverständlich werden, daß man auch, wenn die Formel weggelassen wäre, zu der Annahme gelangen müßte, der Prozeßrichter habe stillschweigend die Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes angewendet wissen wollen.

Ich komme mithin zu dem Ergebnis, daß im Zweifel die Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes auf die zwangsweise Verwaltung entsprechend, d. h. insoweit anzuwenden sind, als sich nicht Abweichungen daraus ergeben, daß die Zwangsverwaltung zur Befriedigung, die zwangsweise Verwaltung aber nur zur Sicherung dient. Aus praktischen Gründen halte ich es sogar für empfehlenswert, daß der Prozeßrichter, wenn nicht etwa im Einzelfall besondere Gründe für eine andere Regelung vorliegen, nur die Verwaltung anordnet und sich enthält, Einzelheiten für den Vollzug zu geben.

Kleine Mitteilungen.

Die Vollstreckung von Freiheitsstrafen an der Stelle uneinbringlicher Restbeträge von Geldstrafen. Auf diesen Gegenstand und die damit verknüpfte bekannte Streitfrage ist neuerdings durch die Mitteilungen von weiland Amtsgerichtsrat Krackhardt in Nr. 13 dieser Zeitschrift vom Jahre 1913 und von Landgerichtsdirektor Dr. Goebel in Nr. 18 des gleichen Jahrgangs die Aufmerksamkeit insbesondere der Strafvollstreckungsbeamten gelenkt worden. Die Fälle, wo die Streitfrage auftritt, sind häufig, daher mögen bei der Wichtigkeit der Sache noch folgende Bemerkungen unter ausdrücklicher Beziehung auf den Inhalt der beiden Mitteilungen gestattet sein. Es ist den Ausführungen K.s durchweg zuzustimmen bis auf die, daß der Staat nicht den unzureichenden Teilbetrag der Geldstrafe vereinnahmen und zugleich einen Tag Freiheitsstrafe vollstrecken könne, daß daher die Staatskasse im Falle der Vollstreckung der Freiheitsstrafe den eingezahlten Betrag zurückzuerstatten habe. Mit gutem Grund hat Dr. G. die Zurückerstattung als unzulässig bezeichnet. Aber noch ein weiterer Grund spricht für die Unzulässigkeit. Nach § 28 Abs. IV StGB. kann sich der Verurteilte durch die Erlegung des Strafbetrags, soweit dieser durch die erstandene Freiheitsstrafe noch nicht getilgt ist, von der letzteren frei machen. Es müßte nun ein Verurteilter, wenn er z. B. einen aus 6 *M* umgewandelten Tag Haft zu ¾ verbüßt hatte und den Rest der Verbüßung durch Erlegung des noch nicht getilgten Restbetrags abwenden wollte, nicht 1.50 *M*, sondern nach der gerade von K. vertretenen Ansicht volle 6 *M* erlegen. Ebensowenig aber als hier die teilweise geschehene Verbüßung der Freiheitsstrafe rückgängig gemacht werden kann, darf umgekehrt im Falle der Vollstreckung der eintägigen Haftstrafe ein Teilbetrag zurückerstattet werden, der etwa mit 4.50 *M* schon einbezahlt gewesen wäre. Wenn hierin eine Unbilligkeit liegt, so gibt es dagegen kein gesetzliches Mittel.

Im übrigen kann den Ausführungen Dr. G.s nicht zugestimmt werden. Er sagt zu dem von K. mitgeteilten Beispiel: „Die 4 *M* bilden eine Einheit und sovielmal diese Einheit nicht bezahlt wird, soviel Tage sind an der Freiheit zu entgelten. Gesetz und Urteil bestimmen nicht, wie die Gegner meinen, wann ein Tag Freiheitsstrafe wegfallen, sondern wann er eintreten soll, nämlich nur dann, wann ein Einheitsbetrag ausfällt.“ Allein wenn es richtig wäre, daß die 4 *M* eine Einheit bildeten, so wäre dies doch in dem Sinne zu verstehen, daß sie ein unteilbares Ganze wären, daß daher die Bezahlung von 1 *M* den Einheitsbetrag unberührt ließe, und der Verurteilte hätte noch einen Tag zu verbüßen, eben weil der Einheitsbetrag als unteilbares Ganze noch nicht bezahlt wäre. Der Einheitsbetrag ist nun aber eine Fiktion, die das Strafgesetzbuch nicht kennt, es kennt nach § 29 nur einen Maßstab von 1—15 *M* und von 3—15 *M* für die Umwandlung von Geldstrafen in Freiheitsstrafen von einem Tag. Dr. G. meint weiter, „die Rechtslage in dem Beispiel K.s sei keine andere, als wenn schon im Urteile erkannt wäre: 50 *M* oder für 3 *M* ein Tag Gefängnis, es könne keinen Unterschied machen, ob die nicht restlos teilbare Geldstrafe durch Urteil festgesetzt oder ob sie durch Teilzahlung auf diesen krummen Betrag gelangt sei. Die Gegner würden Bedenken tragen, in diesem Falle 17 Tage zu vollstrecken“. Sicherlich würden sie

nicht 17 Tage vollstrecken. Denn es besteht zwischen den beiden von Dr. G. angeführten Fällen in der Tat ein großer Unterschied. Im ersten Falle muß § 29 StGB. angewendet werden, der vorschreibt, was bei der Umwandlung in Geldstrafe zu beobachten ist. Hiernach dürfen die 50 M nur in 16 Tage Gefängnis umgewandelt werden, weil, was doch ganz unbestritten ist, der Restbetrag, der nur 2 M beträgt, außer Betracht bleiben muß. Im zweiten Fall ist aber § 29 StGB. nicht anwendbar, weil hier eine durch den Willen des Verurteilten nach der Umwandlung geschaffene Rechtslage gegeben ist. Wenn Dr. G. in einer Anmerkung beifügt, er habe einmal den ersten Fall in der Weise erledigt, daß er dem Verurteilten, als er die Ersatzfreiheitsstrafe habe antreten wollen, „ins Gewissen geredet" habe, ob er nicht wenigstens 2 M zahlen wolle, und er habe dann nach der Bezahlung von 2 M nun die 16 Tage Gefängnis vollstreckt, so war angesichts des § 29 StGB. kein Grund gewesen, diese Bezahlung zu veranlassen, sondern es hätten ohne weiteres nur die 16 Tage vollstreckt werden können. Falls das Urteil aber auf 51 M oder für 3 M 1 Tag Gefängnis gelautet hätte und der Verurteilte hätte 1 M gezahlt, dann hätte er wegen des aus 3 M verbleibenden Restbetrags nicht 16, sondern 17 Tage verbüßen müssen. Dr. G. kann sich auch nicht, wie er tut, für die von ihm vertretene Ansicht auf ein Urteil des OLG. München (E. VII S. 24) berufen, es trifft den streitigen Punkt nicht. Denn es hat aus Anlaß der Umwandlung einer nach Art. 16 des bayer. Gesetzes vom 10. März 1879, betr. die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen ausgesprochenen Geldstrafe von 108.30 M nur, und zwar gelegentlich, bemerkt, daß Bruchteile bei der Umwandlung nicht anzurechnen sind. Und dies ist ja unbestritten.

Der Meinung Dr. G.s, daß es sich bei der von ihm vertretenen Ansicht nicht bestreiten lasse, daß der Verurteilte zuweilen einen Vorteil habe, aber er sei klein, da es sich immer nur um einen Tag handele, ist entgegenzuhalten, daß es sich zunächst nicht um die Freiheitsstrafe handelt, sondern um den Geldbetrag und dieser kann unter Umständen verhältnismäßig bedeutend sein. Wenn, um keinen besonders krassen Fall zu wählen, eine Geldstrafe von 10 M in 1 Tag Haft umgewandelt ist und der Verurteilte zahlt davon 1 M, so handelt es sich um 9 M, die er sich zu bezahlen erspart, und die der Staatskasse verloren gehen; da gegen nichtzahlungswillige Verurteilte in den meisten Fällen die Geldstrafen nicht beigetrieben werden können. Der Fall, wo die Geldstrafe überhaupt nicht in Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann, darf nicht, wie Dr. G. tut, herangezogen werden, denn hier will eben das Gesetz nicht haben, daß der Verurteilte, wenn er zahlungsunfähig ist, eine Freiheitsstrafe verbüße und der Vorteil für den Verurteilten ist daher vom Gesetze gewollt.

Der Anregung, die Dr. G. im Schlußabsatz gibt, kann wohl keine Folge gegeben werden. Wenn nach dem Gesetz nur auf volle Tage erkannt werden kann, so folgt daraus, daß volle Tage auch für die Vollstreckung gelten, wenn sich keine entgegengesetzten Bestimmungen finden lassen. Nicht darauf kommt es an, daß keine besonderen Vorschriften bekannt sind, die zur Vollstreckung nach vollen Tagen nötigen, sondern daß solche nicht bekannt sind, die die Vollstreckung nach Teilen von Tagen zulassen.

Amtsgerichtsdirektor Tisch in Neustadt a. d. H.

Zuständigkeit zur Behandlung des Nachlasses eines in Deutschland verstorbenen, aber im Gebiete eines Gerichtskonsuls wohnhaften Deutschen. In München verstarb der deutsche Kaufmann X, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz in Saloniki hatte. Saloniki ist der Sitz eines deutschen Konsuls mit Konsulargerichtsbarkeit. X war in die Matrikel dieses Konsuls eingetragen. Es entstand die Frage, welche Behörde für die Verrichtungen des Nachlaßgerichts zuständig sei.

Gemäß § 73 I FGG. bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit der Nachlaßgerichte grundsätzlich nach dem Wohnsitz, den der Erblasser zur Zeit des Erbfalls hatte. In Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes aber ist nach dieser Vorschrift das Gericht des Sterbeortes zuständig. Nach dem Wortlaut des § 73 I FGG. scheint also das Amtsgericht München das zuständige Nachlaßgericht zu sein. Diesem Ergebnis steht aber Folgendes entgegen: Durch § 2 I Nr. 1 KonsGG. war X als Deutscher der Konsulargerichtsbarkeit unterworfen. § 7 Nr. 2 KonsGG. verleiht dem Konsul die Zuständigkeit für die durch Reichsgesetze den Amtsgerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Konsul ist daher in seinem Amtsbezirke für Nachlaßsachen ebenso zuständig wie innerhalb des Reichs die Amtsgerichte (vgl. BayZfR. 1905, 429 = ZBlFG. 6, 376). Ebenso wie diese hat er als Nachlaßrichter BGB. und FGG. anzuwenden (§ 19 Nr. 1 KonsGG.). Diese Vorschriften rechtfertigen eine ausdehnende Auslegung des Begriffes „Inland" im Sinne des § 73 I FGG. Das Gericht des Sterbeortes kann nur dann zuständig sein, wenn der Gerichtsstand des Wohnsitzes die Zuständigkeit eines deutschen Nachlaßgerichts nicht ergeben würde. Hatte der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen Wohnsitz im Bezirke eines Gerichtskonsuls, so ergibt aber auch die Regel, daß der Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Todes entscheidet, die Zuständigkeit eines deutschen Nachlaßrichters, nämlich des Konsuls. Es ist deshalb anzunehmen, daß der Begriff „Inland" im Sinne des § 73 I FGG. den Bezirk eines deutschen Gerichtskonsuls dann umfaßt, wenn der Erblasser der deutschen Konsulargerichtsbarkeit unterworfen ist. Ebenso, wie der Nachlaß eines im Reich wohnenden Erblassers auch dann von dem Amtsgericht des Wohnsitzes zu behandeln ist, wenn der Erblasser außerhalb des Wohnsitzes verstirbt, so kann auch der Nachlaß eines im Konsulargerichtsbezirk wohnenden und der Konsulargerichtsbarkeit unterworfenen Erblassers der Zuständigkeit des Konsuls nicht dadurch entzogen werden, daß der Erblasser außerhalb des Konsulargerichtsbezirkes stirbt. Denn der Konsul steht ja als Nachlaßrichter den Amtsgerichten durchaus gleich. (Vgl. auch § 18 KonsGG., der aber nur von der Sicherung des Nachlasses handelt.) Somit war in dem erörterten Falle der deutsche Konsul in Saloniki der ausschließlich zuständige Nachlaßrichter.

Rechtspraktikant Werner in München.

Feststellung des Wertes von Anwesen, die teilweise bebaut und teilweise unbebaut sind, im Hinblick auf die Stempelbefreiung nach Tarif 11 letzter Absatz der Spalte 2 des Reichsstempelgesetzes. Nach dem letzten Absatze der Spalte 2 des Tarifs 11 zum Reichsstempelgesetze vom 15. Juli 1909 sind Grundstücksübertragungen auf Antrag von der Stempelpflicht dann befreit, wenn der

stempelpflichtige Betrag bei bebauten Grundstücken 20000 *M*, bei unbebauten Grundstücken 5000 *M* nicht überschreitet und der Erwerber weder den Grundstückshandel gewerbsmäßig betreibt noch ein Jahreseinkommen von mehr als 2000 *M* hat. Bei dem Verkauf von ländlichen Anwesen kommt es sehr häufig vor, daß das Anwesen nur teilweise überbaut ist, daß es nicht aus einer zusammenhängenden Grundfläche besteht und daß die bebaute Fläche weniger wert ist als 20000 *M*, während der unbebaute Teil des Anwesens die im Gesetz hinsichtlich der Steuerbefreiung für unbebaute Grundstücke festgesetzte Wertsgrenze von 5000 *M* übersteigt. In solchen Fällen entsteht die Frage, ob der Strafrichter bei der behufs der Strafbemessung vorzunehmenden Festsetzung der vorenthaltenen Abgabe (§ 88 RStempG. Tarif 11 lit. a und d) den bebauten und den unbebauten Teil des Anwesens auseinanderhalten und zugunsten des Angeklagten den Wert dieser Fläche abziehen muß, falls bezüglich des bebauten Teils auch die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen der Steuerbefreiung vorliegen.

Das Reichsgericht hat in einem Urteile vom $\frac{\text{18. September}}{\text{30. Oktober}}$ 1913 in der Sache $\frac{\text{1 D 355. 13}}{\text{VIII. 2454}}$ ausgesprochen, daß es keinem Bedenken unterliegt, wenn der Richter in solchen Fällen den Verkaufsgegenstand als eine wirtschaftliche Einheit ansieht, der als Ganzes dem landwirtschaftlichen Betriebe dient, und wenn er deshalb das Anwesen, mag es auch tatsächlich und rechtlich eine Mehrheit von einzelnen bebauten und unbebauten Grundstücken sein, einheitlich betrachtet und dem bebauten Besitz zuweist, dessen wirtschaftlichen Mittelpunkt die Gebäude bilden. Dabei hob das Reichsgericht hervor, daß die in Frage stehende Befreiungsvorschrift in der Absicht geschaffen sei, die kleineren Grundstücksumsätze zu begünstigen; bei einem Gesamtwerte von 25300 *M*, der für den zu entscheidenden Fall in Betracht kam, lasse sich aber nicht mehr von einer unbedeutenden Grundstücksübertragung sprechen (vgl. RGZ. 78, 291).

In Uebereinstimmung mit dieser Gesetzesauslegung hat die bayerische Regierung entgegen der früheren Praxis angeordnet, daß die Finanzbehörden ländliche Anwesen, die teilweise bebaut, teilweise unbebaut sind, auch dann als ein Ganzes behandeln und Stempelfreiheit gewähren sollen, wenn der unbebaute Teil zwar mehr als 5000 *M*, das Ganze aber nicht 20000 *M* wert ist. Der Bundesrat hat die bayerische Finanzverwaltung ermächtigt, auf Antrag die Stempelabgaben, die bisher zuviel entrichtet wurden, wieder zurückzuerstatten. Bisher wurde nämlich in solchen Fällen der Stempel aus dem Werte des unbebauten Teiles erhoben. Kl.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Grundbuchsachen.

Kann die Verpfändung des Nacherbenrechts in das Grundbuch eingetragen werden? (GBO. §§ 19, 22, 40, 52). Im Grundbuche ist für Ida D. eine Buchhypothek von 50000 *M* als mütterliches Erbgut eingetragen. Die Beschwerdeführerin W. ist hinsichtlich dieser 50000 *M* Nacherbin. Letzteres ist im Grundbuche vermerkt. Die Beschwerdeführerin verpfändete zur Sicherung eines Darlehns ihre Ansprüche als Nacherbin, auch die an der Hypothek, und beantragte die Eintragung der Verpfändung. Das GBA. lehnte ab, das LG. wies die Beschwerde zurück. Die weitere Beschwerde hat das Bayerische ObLG. dem Reichsgerichte vorgelegt. Es führt aus, daß es die weitere Beschwerde zurückweisen würde, hieran jedoch durch den Beschluß des Kammergerichts vom 4. März 1912 (abgedr. im Jahrb. Bd. 42 S. 228 ff.) gehindert sei. Das Kammergericht habe dort nämlich das durch Pfändung begründete Pfandrecht an dem Nacherbenrechte für eintragbar erklärt. Das ObLG. stellt fest, daß der Gläubiger die Verpfändung angenommen und ebenfalls die Eintragung seines Pfandrechts beantragt hat. Das RG. hob den Beschluß des LG. auf und wies das GBA. an anders zu verfügen.

Gründe: Die Voraussetzungen des § 79 GBO. liegen vor. Denn die Antwort auf die Frage läßt sich nur aus den reichsgesetzlichen Vorschriften über das Grundbuchrecht entnehmen, und es ist unzweifelhaft, daß die Rechtsauffassung, der das ObLG. folgen möchte, von der ebenfalls auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung des Kammergerichts abweicht. Dessen Entscheidung betraf zwar nur den Fall, daß die Eintragung eines durch Pfändung begründeten Pfandrechts an einem eingetragenen Nacherbenrechte begehrt war, während hier das Pfandrecht rechtsgeschäftlich entstanden ist. Indessen die Abweichung bleibt ohne Tragweite hinsichtlich der Frage, ob einem Antrag auf Eintragung eines Pfandrechts am eingetragenen Rechte eines Nacherben stattzugeben ist. Im Ergebnisse war dem Kammergerichte beizutreten, wenn auch nicht seiner Begründung gefolgt werden konnte.

Beide Gerichte nehmen an, daß das Nacherbenrecht zwar ein bereits vorhandenes, veräußerliches und daher auch pfändbares oder verpfändbares Vermögensrecht ist, daß es jedoch bis zum eintretenden Falle nur erbrechtliche, dagegen nicht auch sachenrechtliche Wirkungen äußert. Demgemäß verneinen beide, daß die Eintragung des Rechtes des Nacherben gemäß § 52 GBO. ein Recht am Grundstück oder an der zur Erbschaft gehörenden Hypothek begründet. Beide haben auch zur Beantwortung der zu entscheidenden Frage einen gleichen Weg eingeschlagen. Sie gehen nämlich von § 40 der GBO. aus. Sie sind jedoch bei Berücksichtigung dieser Vorschrift zu verschiedenen Endzielen gelangt. Das Kammergericht meint, von der Eintragung eines Pfandrechts am Nacherbenrechte werde nicht der Nacherbe betroffen, sondern das eingetragene Recht des Vorerben, und die Eintragung des Pfandrechts sei daher zulässig, weil jenes Recht des Vorerben jedenfalls ein eingetragenes Recht i. S. des § 40 sei. Das ObLG. dagegen ist der Ansicht, daß von der Eintragung des Pfandrechts nicht das Recht des Vorerben sondern das Recht des Nacherben betroffen werden würde, und daß aus diesem Grunde die Eintragung nicht erfolgen könne, weil das Recht des Nacherben „nicht eingetragen“, sondern nach § 52 „nur vermerkt sei“ und dieser Vermerk nicht die Bedeutung habe, eine dingliche Berechtigung des Nacherben buchmäßig erkennbar zu machen. Dem ObLG. ist darin beizutreten, daß von der Eintragung des Pfandrechts nicht das Recht des Vorerben, sondern das Recht des Nacherben betroffen wird; nicht zuzugeben ist aber, daß diese Annahme auch zu dem angenommenen Ergebnisse führt.

Bei der Prüfung der Frage, ob das Pfandrecht an einem gemäß § 52 GBO. eingetragenen Nacherbenrechte eintragbar ist, darf man überhaupt nicht von § 40 Abs. 1 GBO. ausgehen. Vielmehr steht im Vordergrunde die Frage der Eintragungsfähigkeit des Pfandrechtes, und über die Eintragungsfähigkeit gibt § 40 niemals Auskunft. Denn er soll überhaupt nicht die Voraussetzungen der Eintragbarkeit an sich bestimmen; er setzt vielmehr die Eintragbarkeit voraus und will nur sagen, (und auch dies nur als Ordnungsvorschrift),

daß die an sich zulässige Eintragung „nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist“. Demnach soll § 40 Abs. 1 nur hindern, daß Eintragungen vorgenommen werden, ohne daß das Recht des Betroffenen bereits eingetragen wurde. Und somit würde auch hier § 40 nur insoweit angewendet werden können, als die Frage auftauchte, ob der Eintragung des Pfandrechts, seine Eintragungsfähigkeit vorausgesetzt, der Hinderungsgrund des § 40 entgegenstünde. Die Frage nun, ob das Pfandrecht an sich eintragbar ist, muß aus folgenden Gründen bejaht werden. Beiden Gerichten ist darin zuzustimmen, daß durch die Eintragung des Rechtes des Nacherben für diesen kein Recht am Grundstücke oder an der zur Erbschaft gehörenden Hypothek entsteht. Demgemäß wäre es auch unzulässig, das Nacherbenrecht selbständig und unabhängig von der Eintragung des Vorerben einzutragen. Daß ihm eine solche Eintragungsfähigkeit fehlt, ist auch schon nebenher in dem Beschlusse des Senats RGZ. 61 S. 379 ausgesprochen worden. Der § 52 GBO. sieht auch nur vor, daß „bei der Eintragung des Vorerben zugleich das Recht des Nacherben von Amts wegen einzutragen ist“. Anderseits aber läßt sich angesichts dieser Vorschrift nicht leugnen, daß, wenn die Eintragung erfolgt, es sich um eine gewöhnliche Eintragung handelt. Von einem bloßen „Vermerke“ zu reden, wie das OLG. will, gibt § 52 keinen Anlaß, zumal dem Gesetz eine Unterscheidung zwischen „Eintragungen“ und „Vermerken“ fremd ist. Sollte auch im Einzelfalle der Ausdruck „vermerkt“ gebraucht sein, so läge doch eine Eintragung im gesetzlichen Sinne vor. Weiter läßt sich aber gemäß § 52 auch nicht bestreiten, daß bei der Eintragung des Rechtes des Nacherben Gegenstand der Eintragung „das Recht des Nacherben ist“, mithin das Recht, welches das Gesetz dem Nacherben überhaupt beilegt, wie es insbesondere gemäß § 2113 BGB. nach außen wirkt. Endlich aber ist unzweifelhaft, daß das Gesetz die Eintragung des Rechtes des Nacherben gerade vorschreibt, um das Vorhandensein seines Rechtes öffentlich kund zu tun, als Gegenmittel gegen die Gefahren, die dem Nacherben ohne die Eintragung infolge der Grundsätze vom gutgläubigen Erwerbe entstehen würden. Freilich äußert sich hiernach das eingetragene Recht des Nacherben nach außen hin nur in Gestalt einer Verfügungsbeschränkung zu Lasten des Vorerben; er kann das Recht des Nacherben nicht durch Verfügungen beeinträchtigen, die gemäß § 2113 dem Nacherben gegenüber unwirksam sein würden. Indessen trotz dieses eingeschränkten Zweckes der Eintragung ist nach dem Gesetze Gegenstand der Eintragung das Recht des Nacherben als solches. Auch die Vormerkung begründet nach der Ansicht des Reichsgerichts kein Recht am Grundstücke (RGZ. 65, 261; 81, 288), sichert vielmehr nur einen Anspruch, und trotzdem ist sie eine buchmäßige Eintragung. Behält man im Auge, daß Gegenstand einer Eintragung nach § 52 GBO. „das Recht des Nacherben“ ist, und hält man zugleich daran fest, daß dieses Recht wirksam veräußert und verpfändet werden kann (RGZ. 80, 377 ff.; Gruch. 52, 630), dann entsteht auch im Falle einer Veräußerung oder Verpfändung eine dergestalt veränderte Rechtslage: Das Recht steht nun überhaupt nicht mehr dem Nacherben zu, sondern seinem Rechtsnachfolger, oder es kann doch, bei einer bloßen Verpfändung, von dem Nacherben nicht mehr für sich ausgeübt werden, solange das Pfandrecht besteht. Insbesondere könnte fortan nicht mehr der Nacherbe, sondern nur noch sein Rechtsnachfolger oder sein Pfandgläubiger von den Befugnissen aus § 2113 BGB. Gebrauch machen (RGZ. 80, 377 ff.); demgemäß wären nur noch die Letztgenannten schutzbedürftig, nicht der Nacherbe, wenigstens nicht allein. Endlich aber ergäbe sich, daß jetzt der Buchinhalt, falls man der Veränderung nicht durch eine Eintragung Rechnung trüge, mit der neuen Rechtslage nicht im Einklang stände; der unveränderte Buchinhalt würde vielmehr den Anschein erwecken, als gälte die Verfügungsbeschränkung noch ausschließlich zugunsten des Nacherben, was nicht mehr zuträfe; dieser irreleitende Inhalt des Grundbuchs könnte gerade zu den Unzuträglichkeiten führen, denen gegenüber den Grundsätzen vom gutgläubigen Erwerbe die Eintragung vorbeugen soll (§ 892 BGB.). Also kann es nur dem Willen des Gesetzes entsprechen, wenn der Grundbuchsinhalt der veränderten Rechtslage wieder angepaßt und dazu eine neue Eintragung gestattet wird. Denn darüber läßt sich nicht streiten, daß das Gesetz den Grundbuchinhalt mit der wirklichen Rechtslage in Uebereinstimmung halten will, und daß es zu dem Ende auch einen besonderen Rechtsbehelf, den der Grundbuchberichtigung gewährt. Sofern eine Unrichtigkeit im dinglichen Rechtszustande in Frage steht, gibt das Gesetz den Rechtsbehelf in der Vorschrift des § 894 BGB.; soweit es sich um sonstige Unrichtigkeiten handelt, sei es, daß ein Rechtsverhältnis von vornherein unrichtig beurkundet worden, sei es, daß das richtig beurkundete Rechtsverhältnis durch nachträgliche rechtsgeschäftliche Vorgänge geändert wurde, namentlich also durch Uebertragungen oder Verpfändungen, gestattet das Gesetz die Berichtigung nach den formalen Regeln der GBO., wie der § 22 der Berichtigung auch ausdrücklich gedenkt. Demgemäß würde auch die Eintragung der Abtretung oder der Verpfändung des Rechtes des Nacherben nur eine nach der GBO. zugelassene Berichtigung des Buchinhaltes sein. Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß solche Berichtigungen ausschließlich bei Eintragungen zulässig wären, durch die ein Recht am Grundstücke begründet worden ist. § 19, der die Eintragung von der Bewilligung des Betroffenen abhängig macht, enthält keine solche Einschränkung, ebensowenig der § 22, der gegenüber dem § 19 eine Ausnahme vorsieht. Auch hier ist zum Vergleich an die Vormerkung zu denken. Wird der durch eine Vormerkung gesicherte Anspruch abgetreten, dann geht jene als Nebenrecht des Anspruchs (RGZ. 52, 11) auf den Rechtsnachfolger über, und die Eintragung des Wechsels in der Person des Berechtigten ist unbedenklich statthaft. So wird man auch den Eintrag des Rechtes des Nacherben als ein Nebenrecht dieses Rechtes auffassen können und die grundbuchmäßige Kundbarmachung der Veränderung in der Person des Berechtigten für statthaft halten dürfen.

Bei dieser Auffassung könnte es sich nur noch fragen, ob die Eintragungsbewilligung der Beschwerdeführerin, die dem GBA. und dem LG. allein vorlag, ausreichend war. Auch das ist zu bejahen. Denn hier fällt der Umstand ins Gewicht, daß nach richtiger Ansicht die Beschwerdeführerin und nur diese i. S. des § 19 GBO. von der Eintragung betroffen ist. Nach der Anschauung des Gesetzes wird von einer Eintragung stets (§§ 13, 19, 40 GBO.) nur das Recht betroffen, das durch sie rechtlich verändert wird, mithin — sieht man auf die Person des Berechtigten — stets nur, wer der Inhaber des Rechtes war (RGZ. 61, 379). Sind nun sowohl das Recht des Nacherben wie das des Vorerben eingetragen, dann wird infolge einer Abtretung oder einer Verpfändung des ersteren immer nur dieses rechtlich verändert; der Vorerbe kann auch nicht hinsichtlich des Rechts des Nacherben als der Berechtigte oder Mitberechtigte angesehen werden. Nur mittelbar und tatsächlich kann der Vorerbe von der Aenderung betroffen werden, insofern als es für ihn wirtschaftlich einen Unterschied machen mag, ob er fortan bei Verfügungen an die Zustimmung des Rechtsnachfolgers des Nacherben gebunden ist (§ 2113 BGB.), oder ob er noch mit dem Nacherben selbst zu tun hat. Eine solche nur tatsächliche Veränderung der Sachlage macht ihn aber nicht zum „Betroffenen“. Mit Unrecht hält das Kammergericht den vorliegenden Fall für anders geartet, als den einer Uebertragung oder einer

Verpfändung des Hypothekenrechts. Allerdings ist die Hypothek ein Recht am Grundstücke, während das eingetragene Recht des Nacherben dem Vorerben gegenüber nur eine Verfügungsbeschränkung bedeutet. Aber es ist nicht einzusehen, wie dieser Unterschied zu einer verschiedenen Beurteilung der Frage führen könnte, welches Recht betroffen wird. Wenn ein Wechsel in der Person des Hypothekengläubigers, wie auch das Kammergericht annimmt, i. S. des Gesetzes nur den alten Hypothekengläubiger und nicht den Eigentümer und nicht „auch diesen" trifft, so liegt das auch hier allein daran, daß leidender Teil rechtlich nur der alte Hypothekengläubiger ist, und daß die tatsächlichen oder wirtschaftlichen Folgen des Wechsels für den Eigentümer auch hier zur Erfüllung der Voraussetzung in den §§ 13, 19, 40 GBO. nicht ausreichen. Wird das Recht des Nacherben abgetreten oder verpfändet, dann wird der Bestand der darin enthaltenen Verfügungsbeschränkung rechtlich nicht verändert; die Rechtslage des Vorerben bleibt nach wie vor die nämliche; daher kann auch bei ihm keine Befugnis zur Einwilligung in die Grundbuchberichtigung in Frage kommen. Vielmehr stand diese Befugnis gemäß § 19 GBO. der Beschwerdeführerin und ihr allein zustand.

Das einzige Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 19 könnte in der Frage liegen, ob das Gesetz unter dem Worte „Recht" nicht dennoch — der früheren Ausführung entgegen — nur ein dingliches Recht versteht, und ob es demgemäß nicht auch die Befugnis zur Einwilligung i. S. des § 19 stets allein dem zuspricht, der hinsichtlich eines dinglichen Rechtes der Betroffene ist. Auch dieses Bedenken ist jedoch nicht stichhaltig. Mag das Gesetz auch regelmäßig bei dem Ausdruck „Recht" im Gebiete des Liegenschaftsrechtes nur ein Recht dinglicher Art im Auge haben, so schreibt es doch in § 52 GBO. ausdrücklich die Eintragung des „Rechtes" des Nacherben vor und legt mithin auch diesem Rechte mittelbar die Eigenschaft eines eingetragenen Rechtes bei. Daher ist es nicht folgewidrig, wenn man dem eingetragenen Nacherben die Befugnis zugesteht, die sonst gemäß § 19 dem betroffenen Berechtigten gebührt. Jedenfalls aber muß die angeführte Vorschrift hier entsprechend angewendet werden. Es läßt sich schwerlich annehmen, daß das Gesetz ausschließlich bei dinglichen Rechten die Befugnis hätte gewähren wollen, die Eintragung von Rechtsänderungen zu bewilligen und herbeizuführen. Das entspräche nicht seiner Absicht, eine stete Uebereinstimmung zwischen dem Buchinhalt und der wirklichen Rechtslage zu schaffen. Auch dem Vormerkungsberechtigten wird, wer in der Vormerkung kein dingliches Recht erblickt, das Recht nicht absprechen wollen, im Falle der Abtretung des geschützten Anspruchs die Eintragung des Personenwechsels zu bewilligen. (Beschl. des V. ZS. vom 14. Januar 1914, Reg. V B 9/1913).

3248 W.

B. Zivilsachen.

I.

Wie ist das Zurückbehaltungsrecht im Prozesse zu behandeln? Aus den Gründen: Die Entscheidung des OLG. beruht auf Gesetzesverletzung, weil es auf die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts die Klage abgewiesen und angenommen hat, es sei Sache des Klägers, die „Liquidstellung" der Ansprüche der Beklagten zu betreiben. Schon vor Einführung des BGB. bestand die Wirkung der „Retentionseinrede" darin, daß zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen, nicht aber die Klage abzuweisen war. In dem Urteile des RG. vom 17. Dezember 1884, V 34/84, heißt es, das Retentionsrecht schütze nur gegen eine unbedingte Verurteilung, es müsse sein Umfang ermittelt und der Beklagte zur Leistung gegen Befriedigung des festgestellten Gegenanspruchs verurteilt werden (JW. 1885 S. 77 Nr. 39, vgl. 1893 S. 317 Nr. 43). Aehnlich hat sich der Senat am 20. Mai 1895 ausgesprochen (JW. 1895 S. 327 Nr. 14). Das BGB. enthält in § 274 die ausdrückliche Vorschrift: Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist. Welche Leistung dem Schuldner gebührt, hat der Schuldner darzutun. Das ergibt sich aus allgemeinen Regeln und aus der Fassung des § 273. Auf Grund der Zurückbehaltungseinrede darf demnach nicht der Antrag auf Klagabweisung gestellt werden, vielmehr hat der Beklagte in seinem Antrage auszudrücken, welche Leistung er selbst begehrt, und den Antrag dahin zu stellen, daß er zu der von dem Kläger beanspruchten Leistung nur gegen Empfang der von ihm selbst verlangten Leistung verurteilt werde. Da das OLG. an mehreren Stellen von „Liquidstellung" spricht, scheint es auf den Satz, „Liquidität" des Anspruchs des Schuldners sei nicht erforderlich, Gewicht gelegt zu haben. Allein dieser Satz hat nur die Bedeutung, daß „Liquidität" keine sachliche Voraussetzung für das Zurückbehaltungsrecht ist, nicht den Sinn, daß bei Geltendmachung im Prozeß die „Liquidstellung" nicht zu erfolgen hätte oder daß es Sache des Gegners wäre, sie zu betreiben. Auch bei der Aufrechnung ist „Liquidität" der aufzurechnenden Forderung kein sachliches Erfordernis; wer aber gegen eine Klageforderung aufrechnen will, hat seine Forderung „liquid" zu stellen. (Vgl. §§ 145 Abs. 3, 302, 322 Abs. 2, 529 Abs. 3 ZPO.). Die prozessualen Vorschriften über die Behandlung des Aufrechnungseinwands gelten übrigens nicht für die Zurückbehaltungseinrede, insbesondere ist die Entscheidung über einen zur Verweigerung einer Leistung verwendeten Gegenanspruch nicht der Rechtskraft fähig (RGZ 8, 364; 15, 421). Auch in diesem Punkte scheint das OLG. von einer irrigen Auffassung auszugehen, da es auf die von der Beklagten erhobene Klage hinweist. Der von der Beklagten zur Beitreibung ihrer Forderung eingeleitete Prozeß wird durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes in dem gegenwärtigen Rechtsstreite nicht berührt. Wenn in dem gegenwärtigen Rechtsstreit die Zurückbehaltungseinrede verworfen würde, weil die Beklagte einen zur Zurückhaltung der Leistung berechtigenden Gegenanspruch nicht erwiesen habe, oder wenn die Beklagte verurteilt würde, gegen Empfang einer geringern als der von ihr eingeklagten Summen die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung und zur Auszahlung der hinterlegten Beträge zu erteilen, so stünde dies der Fortführung des von ihr angestrengten Prozesses nicht im Wege. (Urt. d. IV. ZS. vom 29. November 1913, IV 571/13).

3244 ———n.

II.

Schenkung von Todes wegen an die Ehefrau. Was ist Gegenstand der Schenkung, wenn der Mann ein Grundstück für sich kauft, es aber unmittelbar der Frau aufgelassen wird? Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks. Wie gestaltet sich im Falle des Widerrufs der Rückgabeanspruch des Mannes? Die Streitsteile verheirateten sich im Oktober 1905. Im Oktober 1907 hat K. der beklagten Ehefrau ein Grundstück aufgelassen, wobei sie die eingetragene Hypothek von 2500 *M* übernahm und 5500 *M* als Hypothek für den Restkaufpreis eintragen ließ. Der Kaufpreis wurde mit 10000 *M* angegeben. Im Januar 1911 verließ die Beklagte den Kläger und lebt seitdem von ihm getrennt. Der Kläger behauptet, er sei der Käufer des Grundstücks gewesen und habe die Anzahlung von 2000 *M* aus eigenen Mitteln geleistet. Er habe das Grundstück auf den Namen seiner Frau eintragen lassen, weil er befürchtet

habe, vor ihr zu sterben, und weil er ihr deswegen den Besitz des Grundstücks gegenüber seinen Kindern erster Ehe habe sichern wollen. Er behauptet deshalb in erster Reihe Scheingeschäft, in zweiter Reihe Schenkung, die er wegen groben Undanks der Beklagten widerrufe. Sie habe ihn ohne Grund verlassen und in seiner Abwesenheit seine gesamte Wohnungseinrichtung mitgenommen. Der Klagantrag geht auf Verurteilung der Beklagten, darein zu willigen, daß im Grundbuch des Grundstücks der Kläger an Stelle der Beklagten als Eigentümer eingetragen werde. Das LG. hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers wurde die Beklagte nach dem Klagantrag verurteilt. Das RG. hob auf.

Aus den Gründen: Zutreffend stellt das OLG. fest, daß bei dem bestrittenen Geschäft der Kläger seine Absicht zu schenken verwirklicht habe, daß daher jedenfalls eine Schenkung vorliege. Eine sofort vollzogene Schenkung von Todes wegen unterliegt nach § 2301 Abs. 2 BGB. auch hinsichtlich des Widerrufs den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden. Die bestrittene Schenkung ist auch jedenfalls vollzogen worden und was die hiezu und zur Grundstücksübereignung notwendigen Formen anlangt, so sind diese nach §§ 518, 313 Satz 2 BGB. unzweifelhaft gewahrt. Zweifel kann aber darüber bestehen, was Gegenstand der Schenkung gewesen ist. Unhaltbar ist die Ansicht des OLG., daß das Grundstück selbst der Beklagten vom Kläger geschenkt worden sei. Der Kläger ist niemals Eigentümer dieses Grundstücks gewesen, es ist durch Auflassung unmittelbar von K. auf die Beklagte übergegangen. Es wäre denkbar, daß der Kläger das Grundstück sofort formlos für die Beklagte als Dritte nach § 328 BGB. gekauft, als beauftragter oder unbeauftragter Geschäftsführer für sie 2000 *M* Anzahlung geleistet und schenkungsweise auf Rückerstattung dieser Auslage verzichtet hat. In diesem Schulderlaß wäre dann die Schenkung zu finden, auf die zwar der Schenkung bei Verzichten auf künftige Rechte verneinende § 517 BGB. nicht angewendet werden könnte, die aber selbst bei gültigem Schenkungswiderruf nicht zu einer Klage auf Rückgabe des Grundstücks berechtigen würde. Nach dem Beweisergebnisse liegt aber die Auffassung näher, daß der Kläger das Grundstück zunächst formlos für sich gekauft, die Anzahlung von 2000 *M* selbst geleistet, seine Kaufsrechte, beschwert mit den übrigen Käuferverpflichtungen, formlos an seine Ehefrau abgetreten hat und daß dies alles durch unmittelbare Auflassung an die Beklagte und durch Eigentumsüberschreibung auf sie geheilt worden ist. In diesem Falle wären die von der Verpflichtung, 2000 *M* anzuzahlen, befreiten Kaufsrechte der Gegenstand der Schenkung und — gültigen Widerruf vorausgesetzt — könnten sie und könnte nach ihrer Verwirklichung durch Grundstücksübereignung das Grundstück selbst gemäß § 818 Abs. 1 BGB. mit der Klage aus grundloser Bereicherung zurückgefordert werden (§ 531 Abs. 2 BGB.).

Mit Recht wird auch die Begründung bekämpft, womit der Vorderrichter den Widerruf der Schenkung zugelassen hat. Er läßt dahingestellt, ob grober Undank der Beklagten schon in ihrem Wegzuge vom Kläger zu finden sei, erblickt ihn aber darin, daß sie dabei fast die gesamte Wohnungseinrichtung, darunter viele Sachen des Klägers, mit sich fortgenommen hat. Diese Begründung verstößt gegen § 530 Abs. 1 BGB. Hiernach kann eine Schenkung widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker groben Undankes schuldig macht. Die Mitnahme von Hauseinrichtungsgegenständen des Klägers für sich allein ist nicht ohne weiteres eine schwere Verfehlung, wie sie das Gesetz verlangt. Sie ist im Zusammenhange mit dem Wegzuge der Beklagten zu beurteilen. Hatte die Beklagte, wie sie behauptet, wichtigen Anlaß, ihren Mann zu verlassen, so muß die Mitfortnahme seiner Sachen in mildem Lichte erscheinen und kann nicht als schwere Verfehlung i. S. des § 530 Abs. 1 BGB. angesehen werden.

Für alle Fälle greift die Revision — und zum Teil mit Recht — auch den Klagantrag und den Urteilssatz des OLG. an. Der Klagantrag entspricht mehr einer hier nicht in Frage kommenden Grundbuchberichtigungsklage aus § 894 BGB. Er hätte einfach auf Auflassung des Grundstückes gerichtet werden sollen. Indessen ist auf diesen Mangel kein ausschlaggebendes Gewicht zu legen (RGZ. 54, 378; JW. 1905 S. 290/16). Dagegen ist es ein Rechtsverstoß gegen §§ 812 ff., daß der Kläger die Einwilligung der Beklagten in die Uebereignung des Grundstücks verlangt und das OLG. sie zuspricht, ohne daß dabei die Belastung der angeblich geschenkten Kaufsrechte mit der Hypothekübernahme von 2500 *M* und mit der Hypothekbestellung von 5500 *M* durch die Beklagte berücksichtigt wird. Diese Lasten muß der Kläger auf sich nehmen und die Beklagte davon befreien, falls ihm das Grundstück aufgelassen werden muß. Einer besonderen Zurückbehaltungseinrede der Beklagten bedurfte es nicht (vgl. RGZ. 54, 137; JW. 1911 S. 583/24). (Urt. des V. ZS. vom 13. Dezember 1913, V 399/13). ——— n.

3241

III.

Ist § 2094 BGB. anwendbar, wenn der Erblasser seine Frau und ein erwartetes Kind je zur Hälfte zu Erben einsetzt, das Kind aber tot geboren wird? Kann eine solche letztwillige Verfügung wegen Irrtums angefochten werden und was ist die Folge der Anfechtung? Die Klägerin ist die Witwe, der Beklagte ein Bruder des verstorbenen B. B. hat ein Testament errichtet und darin verfügt: „Zu Erben meines Nachlasses setze ich ein meine Ehefrau zu einer Hälfte und das zu erwartende Kind zur andern Hälfte." Das Kind wurde nach dem Ableben des Erblassers tot geboren. Der Beklagte hat das Testament angefochten. Die Witwe hat gegen ihn auf Feststellung geklagt, daß sie alleinige Erbin geworden sei. Das LG. gab der Klage statt. Das OLG. dagegen stellte fest, daß Erben seien die Klägerin zu $^3/_4$, der Beklagte und seine Schwestern zusammen zu $^1/_4$. Das RG. hob auf.

Aus den Gründen: Das OLG. hat ausgeführt: Der Erblasser habe, indem er seine Frau und das zu erwartende Kind zu je $^1/_2$ als Erben eingesetzt habe, mehrere Personen in der Weise eingesetzt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschlössen. Demgemäß wäre, da das Kind totgeboren, also als Erbe weggefallen sei, der Erbteil des Kindes der Klägerin angewachsen (§ 2094 BGB.). Die Anfechtung des Testaments auf Grund des § 2078 sei teilweise begründet. Der Erblasser habe wiederholt die Absicht geäußert, bei kinderloser Ehe seine Geschwister einzusetzen. Habe er nicht beabsichtigt, bei kinderloser Ehe seine Geschwister ganz zu übergehen, so sei der in dem Testament ausgedrückte Wille nur so zu verstehen, wenn der Erblasser damit gerechnet habe, das Kind werde lebend geboren. Daß eine Totgeburt nicht ausgeschlossen sei, möge er gewußt haben; der Ausgang der ersten Entbindung habe genügend Anlaß dazu gegeben. Dennoch sei für ihn eine solche Möglichkeit nicht bestimmend gewesen; er hätte sich sonst mit dem Notar beraten und dieser hätte voraussichtlich nicht unterlassen, für den Fall der Totgeburt eine Verfügung zu entwerfen. Von dem Anwachsungsrecht sei nicht die Rede gewesen. Habe der Erblasser auch die Möglichkeit einer Totgeburt bedacht und das Testament auch hierfür vorgesehen, so müsse er sich in der irrigen Annahme befunden haben, die gesetzliche Erbfolge trete wegen der Hälfte des Kindes ein. In jedem Falle habe eine nach § 2078 maßgebliche irrige Annahme des Eintritts eines Umstandes den Erblasser geleitet. Bei Kenntnis der Sachlage hätte er für den Fall der Totgeburt zugunsten der Geschwister Vorsorge getroffen. Die Anfechtung beseitige im Zweifel

nur die einzelne vom Irrtum betroffene Verfügung. Die Klägerin hätte der Erblasser ohnehin auf die Hälfte eingesetzt. Daraus, daß er sie über die gesetzliche Verteilung hinaus gegenüber dem Kinde bevorzugt habe, sei zu schließen, daß er dies um so mehr getan hätte, wenn sie neben Geschwistern erbte. Möglicherweise habe er die freie Hälfte der Klägerin und seinen Geschwistern zugedacht. Jedenfalls komme dieses Ergebnis seinem vermutlichen Willen am nächsten. Würde auch die Einsetzung der Klägerin beseitigt, so erbte sie nur die Hälfte. Die Folge der Anfechtung sei, daß der Erblasser nur über die Hälfte wirksam verfügt habe. Die Umstände ergäben, daß die zweite Hälfte der Klägerin nicht ganz zugedacht gewesen sei. Für § 2089 BGB. sei kein Raum. Auch § 2094 greife nicht Platz. Es sei ersichtlich, daß die gesetzliche Erbfolge nicht habe ausgeschlossen sein sollen und daß der Klägerin nicht der ganze Nachlaß zugedacht gewesen sei.

Diese Ausführungen geben zu Bedenken Anlaß. Der Revision des Beklagten läßt sich allerdings nicht beitreten, wenn geltend gemacht wird, die Anwendung des § 2094 BGB. komme nicht in Frage; der Erblasser habe nicht mehrere Erben in der Weise eingesetzt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschlössen; die Einsetzung des Ungeborenen sei unwirksam. Diese Rüge kann der Revision des Beklagten keinen Erfolg verschaffen; denn wenn die Ausführungen der Revision richtig wären, so wäre die Entscheidung des OLG. nach § 2088 Abs. 1 zutreffend. Es ist aber dem OLG. darin beizutreten, daß die Erbeinsetzung eines Ungeborenen zur Anwendung des § 2094 führen kann. B. hat mehrere Erben in der Weise eingesetzt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschlossen. Der zu der zweiten Hälfte Eingesetzte ist nicht Erbe geworden, ist also als Erbe weggefallen. Die in § 2094 Abs. 1 Satz 1 bestimmten Voraussetzungen sind damit gegeben. Es liegt kein Grund vor, diesen Fall anders zu behandeln als den Fall, daß ein Erblasser jemand als Erben einsetzt, der zur Zeit des Erbfalls nicht am Leben ist. Bei der Erbeinsetzung eines Ungeborenen kommt nur die Besonderheit in Betracht, daß die nach dem Erbfall eintretende Geburt eines lebenden Kindes als vor dem Erbfall erfolgt gilt, wenn es vor dem Erbfall erzeugt wurde (§ 1923). Dagegen ist zu beanstanden, daß das OLG. sich nicht darüber ausgesprochen hat, ob der Erblasser die Anwachsung ausgeschlossen habe, (§ 2094 Abs. 3), obwohl der Beklagte dies geltend gemacht hatte. Zwar heißt es an einer Stelle, die Umstände ergäben, daß die zweite Hälfte der Klägerin nicht ganz zugedacht gewesen sei, und an einer andern, es sei ersichtlich, daß die gesetzliche Erbfolge nicht habe ausgeschlossen werden sollen. Aber es ist nicht geprüft, ob der Erblasser die Anwachsung ausgeschlossen hat, wenn nicht ausdrücklich so doch stillschweigend.

Die beiden in § 1 des Testamentes enthaltenen Verfügungen sind angefochten worden; sowohl die Erbeinsetzung des Kindes als auch die Erbeinsetzung der Klägerin soll nach der Meinung des Beklagten als nichtig anzusehen sein. Die Anfechtung der Erbeinsetzung der Klägerin hat das OLG. nicht für begründet erklärt. Insoweit hat der Beklagte das Berufungsurteil angegriffen. Seinem Angriff ist Erfolg zu gewähren. Die Anfechtung ist auf § 2078 gestützt. Das OLG. hat angenommen, daß der Erblasser bei der Errichtung des Testaments im Irrtum gewesen sei; der Erblasser habe entweder angenommen, das Kind werde lebend geboren, oder er habe, wenn er die Möglichkeit einer Totgeburt bedacht habe, angenommen, in diesem Falle trete in Ansehung der dem Kind ausgesetzten Hälfte des Nachlasses die gesetzliche Erbfolge ein. Für die Beurteilung der Revisionsangriffe des Beklagten ist von der dem Beklagten günstigen Auffassung des OLG. auszugehen, daß der Erblasser irrig angenommen oder erwartet habe, das Kind werde lebend geboren werden. Es ist möglich, wegen eines solchen Irrtums des Erblassers die Erbeinsetzung der Klägerin nach § 2078 Abs. 2 anzufechten. Daher war zu prüfen, ob der Erblasser nicht durch die irrige Annahme oder Erwartung, das Kind werde lebend geboren werden, bestimmt worden sei, die Klägerin als Erbin zur Hälfte einzusetzen. Diese Frage hat das OLG. nicht entschieden. Zwar führt das OLG. aus, der Erblasser hätte die Klägerin ohnehin auf die Hälfte eingesetzt; daraus, daß er sie dem Kinde gegenüber bevorzugt habe, sei zu schließen, daß er sie um so mehr bevorzugt hätte, wenn sie neben Geschwistern erbte. Allein diese Erwägungen haben das OLG. nicht dazu geführt, auszusprechen, daß der Erblasser durch die bezeichnete irrige Annahme zu der Erbeinsetzung der Klägerin nicht bestimmt worden sei. Bei seinen Erwägungen hat das OLG. auch die §§ 1931, 1932 nicht beachtet. Wenn der Erblasser seine Ehefrau bevorzugen wollte, so hatte er nur dann einen Anlaß, sie als Erbin zur Hälfte des Nachlasses einzusetzen, wenn er die Erbfolge eines Abkömmlings ins Auge faßte. Wurde die Erbin auch gegenüber miterbenden Geschwistern des Erblassers zur Hälfte des Nachlasses als Erbin eingesetzt, so wurde sie nicht bevorzugt, sondern benachteiligt (vgl. § 1932). Daß der Erblasser gedacht hätte, die Klägerin erhalte, wenn sie mit seinen Geschwistern erbe, zu der ihr testamentarisch zugewendeten Hälfte des Nachlasses noch einen Teil als gesetzliche Erbin, sie werde also unter allen Umständen durch die Erbeinsetzung bevorzugt, hat das OLG. nicht angenommen. Denn nach seiner Auffassung dachte der Erblasser nicht an den Eintritt einer Totgeburt und an den Eintritt einer gesetzlichen Erbfolge, falls für ihn die Annahme bestimmend war, das Kind werde lebend geboren.

Für die Anfechtung der Erbeinsetzung der Klägerin läßt sich die Annahme des OLG. nicht verwerten, daß die Anfechtung eines Teils der letztwilligen Verfügung auch begründet sei, wenn der Erblasser die Möglichkeit einer Totgeburt bedacht habe, weil er sich in diesem Falle in einem Irrtum über den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge befunden habe. Dagegen wendet sich gegen diesen Teil des Berufungsurteils mit Recht die Anschlußrevision der Klägerin. Wenn der Erblasser die Möglichkeit einer Totgeburt bedacht hat, so war er in diesem Punkte nicht in Irrtum, ist also nicht durch die irrige Annahme oder Erwartung, das Kind werde lebend geboren, zu seiner Verfügung bestimmt worden. Der Irrtum bestand alsdann nach der Auffassung des OLG. nur darin, daß der Erblasser annahm, es werde die gesetzliche Erbfolge hinsichtlich der einen Hälfte des Nachlasses eintreten, wenn das Kind tot geboren werde. Dieser Irrtum könnte wohl den Erblasser bestimmt haben, eine Verfügung für den Fall zu unterlassen, daß es zu einer Totgeburt komme, es ist aber unmöglich anzunehmen, daß der Erblasser durch einen solchen Irrtum zu der von ihm getroffenen Verfügung bestimmt worden sei, also bestimmt worden sei, die Erbeinsetzung des Kindes anzuordnen. Insoweit hat das OLG. den § 2078 Abs. 2 unrichtig angewendet. Aber auch insoweit ist die Anwendung des § 2078 Abs. 2 zu beanstanden, als das OLG. die Annahme des Erblassers, das Kind werde lebend geboren werden, in Verbindung mit der Tatsache, daß das Kind nicht lebend geboren wurde, für genügend erachtete, den Tatbestand des § 2078 Abs. 2 hinsichtlich der Erbeinsetzung des Kindes festzustellen. Wer jemand zum Erben einsetzt, geht in der Regel davon aus oder rechnet damit, daß der Eingesetzte wirklich Erbe werde. Fällt der Eingesetzte als Erbe weg, so läßt sich nicht darauf allein, daß der Erblasser angenommen habe, der Eingesetzte werde Erbe werden, die Feststellung gründen, der Erblasser sei durch die irrige Annahme des Nichteintritts des den Wegfall des Erben begründenden Ereignisses zu der Erbeinsetzung bestimmt worden.

Bei der neuen Verhandlung wird auch die Anwendung des § 2078 Abs. 1 BGB. in Betracht zu ziehen

sein, falls das OLG. etwa die Ueberzeugung gewinnen sollte, der Erblasser habe die letztwillige Verfügung nur für den Fall treffen wollen, daß das Kind lebend geboren werde, seinen Willen aber nicht richtig ausgedrückt. (Urt. des IV. ZS. vom 10. November 1913, IV 351/13). ———n.

3243

IV.

Keine Einrede der Rechtshängigkeit wegen eines beim ausländischen Gerichte schwebenden Rechtsstreits, wenn ausschließlicher inländischer Gerichtsstand vereinbart war. Aus den Gründen: Der Wortlaut des schriftlichen Vertrages läßt sehr wohl die oberlandesgerichtliche Auslegung zu, daß die vereinbarte Zuständigkeit der Gerichte in M. ausschließlich sei. Der Zusammenhang mit der Vereinbarung des Erfüllungsorts, der nur als ausschließlicher gemeint sein kann, und der Unterwerfung der Rechtsbeziehungen der Parteien unter das deutsche Recht legen eine solche Auslegung sogar nahe. JW. 1912, 79[22] steht nicht entgegen, denn dort war lediglich eine Vereinbarung über den Erfüllungsort getroffen. Hatten aber die Streitteile die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte in M. vereinbart, so war nach § 328 Nr. 1 ZPO. dem etwa in Mailand ergehenden Urteile die Anerkennung zu versagen. Die Tatsache des Schwebens des Rechtsstreits vor dem Gerichte in Mailand konnte also, wie das BG. in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung des RG. zutreffend ausführt, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht begründen. Nicht begründet ist der Zweifel, ob die Voraussetzungen des § 328 I ZPO. nicht nur dann gegeben seien, wenn die Unzuständigkeit der ausländischen Gerichte aus den deutschen Gesetzen sich unmittelbar ergebe, eine lediglich auf Parteivereinbarung beruhende ausschließliche Zuständigkeit eines inländischen Gerichts also nicht in Betracht komme. Haben die Parteien die nach deutschem Prozeßrechte zulässige Vereinbarung eines bestimmten inländischen Gerichtsstandes als eines ausschließlichen getroffen, so ist damit die Unzuständigkeit der ausländischen Gerichte „nach den deutschen Gesetzen" gegeben. Das RG. hat für den der Nr. 1 § 328 ZPO. entsprechenden § 661 Nr. 3 der älteren Fassung der ZPO. angenommen, daß auch eine durch Parteivereinbarung begründete Zuständigkeit der ausländischen Gerichte zu berücksichtigen sei (RG. 7, 407, 408; 37, 373; 65, 329, 331). Es liegt kein Grund vor, die Parteivereinbarung anders zu behandeln, welche die Zuständigkeit der ausländischen Gerichte ausschließt. (Urt. des III. ZS. vom 7. Januar 1914, III 383/13). —a—

3256

V.

Feststellungsinteresse bei der negativen Feststellungsklage. Aus den Gründen: Die Frage, ob die Anmaßung eines Forderungsrechts für denjenigen, dem gegenüber sie erfolgt, das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Nichtbestehens dieses Forderungsrechts begründet (§ 256 ZPO.), läßt sich nur unter Berücksichtigung der Lage des einzelnen Falles entscheiden. Es ist davon auszugehen, daß bei der zur negativen Feststellungsklage herausfordernden ernstlichen Rechtsberühmung allemal die Wahrscheinlichkeit eher für als gegen die Annahme eines Interesses des Klägers an der alsbaldigen Feststellung ist. Hier kann das Vorhandensein dieses Interesses aber auch nicht zweifelhaft sein. Die beiden Posten, die die Forderung ergeben sollen, und die nach Behauptung des Klägers unrichtig sind, werden sich von Jahr zu Jahr durch die Bilanzkonto-Aufstellungen fortschleppen. Daß dadurch die Möglichkeit einer Aufklärung der Richtigkeit dieser Posten nicht erleichtert sondern erschwert wird, leuchtet ohne weiteres ein. Allerdings ist ja der Beklagte für die Richtigkeit der Posten beweispflichtig. Aber ein Interesse des Klägers an der alsbaldigen Aufklärung läßt sich nicht etwa aus diesem Grunde verneinen, zumal sich nicht übersehen läßt, ob nicht bei der Erörterung über die Posten Umstände in Betracht kommen, für die der Kläger beweispflichtig ist. Der Kläger hat auch darauf hingewiesen, daß durch weiteren Zeitablauf die Klarstellung des Sachverhalts insofern erschwert werde, als ihm dadurch das Beweismittel der Aussagen zweier Zeugen verloren gehen könne, von denen der eine in hohem Alter stehe, während das Erinnerungsvermögen des anderen im Laufe der Jahre sicherlich nachlassen werde. Auch dieser Gesichtspunkt ist beachtlich. Allerdings kann nicht alleiniger Zweck der Feststellungsklage die Sicherung des Beweises sein, und die Feststellungsklage ist nicht der regelmäßige Ersatz für die Beweissicherung, aber die Gefahr des Verlusts von Beweismitteln kann zur Begründung des Feststellungsinteresses mit verwendet werden. (Es wird weiter ausgeführt, daß die sachliche Entscheidung dieses Rechtsstreits zur Ersparung von Kosten diene, und daß sie auch insofern im Interesse des Klägers liege). (Urt. d. III. ZS. vom 7. Januar 1914, III 316/1913). —a—

3254

C. Strafsachen.

I.

Liebesbriefe als rechts- und beweiserhebliche Urkunden. Aus den Gründen: Der verheiratete Angeklagte hat sich einem Mädchen unter falschem Namen mit der Vorspiegelung genähert, sie heiraten zu wollen. Er hat dies nur „der Zerstreuung halber" getan und hat vor und nach dem Eheversprechen zur Aufrechterhaltung der Täuschung über seine Person mit dem Mädchen unter dem falschen Namen Briefe gewechselt, worin er seine Liebe beteuert und den Wunsch nach baldiger Heirat ausspricht. Der Angeklagte behauptet, eine Urkundenfälschung liege nicht vor, weil er sich von vornherein unter jenem falschen Namen vorgestellt und durch die Führung des Namens in den Briefen nur das angenommene „Inkognito" gewahrt habe. Der Tatbestand der Urkundenfälschung wird aber dadurch nicht ausgeschlossen, daß sich der Täter schon vorher einen falschen Namen beigelegt hat und nur die Täuschung über den Namen des wahren Ausstellers unterhalten will. Fehl geht ferner die Ausführung, daß die Briefe nicht beweiserheblich für Rechtsverhältnisse seien, weil sie nur einseitige und nicht ernstgemeinte ungültige Eheversprechen des verheirateten Angeklagten enthielten. Da ein einseitiges Eheversprechen durch die Erklärung des anderen Teils zum Verlöbnis werden kann, so kommt auch der durch das einseitige Eheversprechen geschaffenen Lage die Bedeutung eines Rechtsverhältnisses zu. Darauf aber, ob das vorliegende Eheversprechen ernstgemeint und ob seine Erfüllung möglich war, kommt es nicht an für die abstrakt zu prüfende Frage, ob eine Urkunde, die ein Eheversprechen enthält, für Rechtsverhältnisse beweiserheblich ist. (Urt. d. V. StS. vom 20. Januar 1914, 5 D 840/1913). ———n.

3260

II.

„Festlegung" der Hunde auf Grund des Viehseuchengesetzes. Aus den Gründen: Soweit es sich um die Verurteilung aus §§ 74, 40 ViehSG. handelt, geht der Beschwerdeführer davon aus, Zweck des Gesetzes sei, die Hunde wegen der Ansteckungsgefahr mit fremden Hunden nicht in Berührung kommen zu lassen. Dieser Ausgangspunkt ist unrichtig. Das ViehSG. schützt Rechtsgüter und zwar in erster Linie die wichtigsten: Leben und Gesundheit der Menschen. Das Festlegen der Hunde, das unter den Voraussetzungen des § 40

nach gesetzlicher Vorschrift polizeilich angeordnet werden muß, soll daher vor allem verhindern, daß Menschen durch frei sich bewegende Hunde gebissen werden. Hierbei ist von der Erfahrung ausgegangen, daß Hunde, die von der Seuche befallen sind, einen unbezwinglichen Freiheitsdrang und eine große Beißwut haben und daß sie daher, wenn sie nicht rechtzeitig festgelegt werden, Menschen beißen können, bevor der Ausbruch der Seuche bei ihnen erkannt ist. Dieser Gefahr soll die Festlegung vorbeugen. Als eine Verschärfung der Maßregel des Festlegens tritt die Anordnung hinzu, die in § 114 Abs. 3 der BRB. vom 7. Dezember 1911 vorgesehen ist (RGBl. 1912 S. 8 [AllgBO.]). Danach kann angeordnet werden, daß die angeketteten oder eingesperrten Hunde so abgesondert werden, daß fremde Hunde mit ihnen nicht in Berührung kommen können. Während die Festlegung schlechthin angeordnet werden muß und sich die Verpflichtung zu dieser Anordnung unmittelbar auf das Gesetz, nämlich auf § 40 Abs. 1 ViehSG. gründet, ist die dem § 114 Abs. 3 a. a. O. entsprechende Anordnung dem pflichtmäßigen Ermessen der ausführenden Polizeibehörde überlassen; auch beruht sie nicht auf § 40 ViehSG., sondern auf der in § 19 Abs. 1, 4 daselbst erteilten gesetzlichen Ermächtigung, wie in § 114 Abs. 3 AllgBO. besonders hervorgehoben ist. Der Gesichtspunkt, den der Beschwerdeführer als den für § 40 ViehSG. allein maßgebenden ansieht, hat m. a. W. unmittelbare Bedeutung und Geltung erst für die Anordnung aus § 114 AllgBO. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß auch schon die Festlegung bis zu einem gewissen Grade die Berührung von Hunden mit anderen Hunden hindern und insoweit bereits demselben Zwecke dienen wird, wie die Anordnung aus § 114 AllgBO.

Der Bundesrat hat in den AusfB. den gesetzlichen Begriff der Festlegung durch die Hinzufügung: „(Ankettung oder Einsperrung)" erläutert. Damit hat er den Begriff der Festlegung dem Sinne und Zwecke des Gesetzes und vernünftiger Berücksichtigung der gegebenen Lebensverhältnisse entsprechend bestimmt. Der Angeklagte hat danach das Gegenteil von dem getan, was er nach den maßgebenden Rechtsvorschriften zu tun hatte. Er ließ seinen Hund in seinem Hause und dem anstoßenden Garten frei umherlaufen, so daß der Hund nicht nur mit den Hausbewohnern, sondern auch mit allen den Personen in Berührung kommen konnte, die Haus oder Garten betraten. Nicht ein übriges hat der Angeklagte getan, wenn er strenge Anweisung gab, den Hund anzuketten, bevor die Haustüre geöffnet wurde, sondern unzulängliches. Denn das Gesetz fordert in den sich aus „Ankettung und Einsperrung" ergebenden natürlichen Grenzen fortdauernde und tatsächliche Verhinderung ungewollter Berührungen von Menschen mit Hunden. Davon ist nicht die Rede, wenn der Hundebesitzer die Ankettung nur vorübergehend bei Eintritt besonderer Umstände vornehmen läßt, ihre tatsächliche Vornahme auch jedesmal von der Gewissenhaftigkeit und Aufmerksamkeit abhängig macht und sich im übrigen mit der Erwartung begnügt, daß die Dinge stets den Verlauf nehmen werden, den er wünscht und voraussetzt. Auch der Hinweis, daß Haus und Garten von außen nicht ohne weiteres geöffnet werden konnten, ist bedeutungslos. (Urt. d. V. StS. vom 11. November 1913, V D 503/1913). ———n.

3261

III.

Kein Berichtigungsverfahren, wenn die Geschworenen die Frage nach der Strafbarkeitseinsicht verneinen und zugleich die Frage nach mildernden Umständen bejahen. Aus den Gründen: Das Gericht hat die Berichtigung des Spruches angeordnet, da es ihn für undeutlich und unvollständig erachtete. Die Geschworenen hatten die Fragen 4 und 7 verneint, in denen gefragt war, ob die Angeklagten Br. und E. die Strafbarkeitseinsicht besessen haben, und zugleich die Fragen 5 und 8 nach mildernden Umständen bejaht. Das Gericht führt aus, es habe aus der Art der Antworten die Ueberzeugung gewonnen, daß die Geschworenen die Fragen 4 und 7 nicht verstanden und deshalb die an sie gestellten Fragen unbeantwortet gelassen haben. Der Revisionsangriff muß Erfolg haben. Das Gericht durfte es nicht als einen Widerspruch auffassen, wenn die das Vorhandensein mildernder Umstände betreffenden Nebenfragen bejaht wurden. Zwar waren die Geschworenen durch die Art der Fragestellung darauf hingewiesen, daß diese Nebenfrage nur zu beantworten sei, wenn sowohl die Hauptfrage als auch die auf die Einsicht gerichtete erste Nebenfrage bejaht wurden, und da diese Voraussetzung nicht oder doch nur hinsichtlich der Hauptfrage gegeben war, so bedurfte die zweite Nebenfrage keiner Antwort. Allein es begründete weder einen Widerspruch, noch eine Undeutlichkeit und Unvollständigkeit, wenn die Geschworenen gleichwohl auch die zweite Nebenfrage prüften und bejahten. Dies hat in einem ähnlichen Falle der III. Strafsenat dargelegt (RGSt. 27 S. 392). Auf dieses Urteil wird verwiesen. Die Bejahung der mildernden Umstände läßt nicht auf eine Undeutlichkeit oder Unvollständigkeit schließen. Das Schwurgericht hält allerdings die Bejahung der Frage für rechtlich und tatsächlich zutreffend. Daraus würde höchstens folgen, daß die Geschworenen zu einer anderen Auffassung gelangt sind, als das Schwurgericht. Sie würden sich dabei aber vollständig im Rahmen der ihnen allein zustehenden Befugnisse zur Beurteilung der Schuldfrage gehalten haben. Sie mögen in deren Beurteilung tatsächlich oder rechtlich geirrt haben, haben aber nicht die Fragen mißverstanden und die wirklich gestellten Fragen unbeantwortet gelassen. Die Nachprüfung der Frage, aus welchem Grunde die Geschworenen zur Verneinung der Fragen 4 und 7 gelangt sind, stand dem Gericht nicht zu, am wenigsten in der Weise, daß es selbst die Beweisfrage prüfte und annahm, die Geschworenen hätten die Fragen 4 und 7 nicht verstanden und sie deshalb unbeantwortet gelassen oder unrichtig beantwortet. Durch die Verkündung des ersten Spruches, der weder widerspruchsvoll noch undeutlich oder unvollständig war, hatte der Beschwerdeführer das Recht erlangt, diesem Spruche gemäß abgeurteilt zu werden. Die Verneinung der Einsicht mußte nach § 56 Abs. 1 StGB. zur Freisprechung führen. (Urt. des V. StS. vom 5. Dezember 1913, V D 773/13). ———n.

3262

IV.

Ist es zulässig, daß ein Verteidiger einen Zeugen, der nach Belehrung durch den Vorsitzenden sich des Zeugnisses entschlagen hat, noch darüber belehrt, was er als Zeuge bekunden soll? Muß der Vorsitzende dem Verteidiger eine solche Belehrung gestatten? Aus den Gründen: Nachdem die Zeugin, eine Schwester des Angeklagten, mit dem Gegenstande der Untersuchung und der Person des Angeklagten bekannt gemacht und über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt, erklärt hatte, daß sie sich nicht vernehmen lasse, bat der Verteidiger, die Zeugin darüber belehren zu dürfen, was sie eigentlich bekunden solle. Dieser Bitte gab der Vorsitzende nicht statt, weil er ein solches Verfahren für prozeßordnungswidrig halte; auf seine Anregung beschloß das Gericht, das Verfahren des Vorsitzenden sei nicht zu beanstanden. Mit diesem Beschluß hat das Gericht die auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden, daß der Verteidiger die Zeugin nicht seinem Wunsche gemäß belehren dürfe, gebilligt. Ein Anlaß zu dieser Entscheidung des Gerichts lag nach § 237 Abs. 2 StPO. nicht vor, weil die Anordnung des Vorsitzenden noch nicht beanstandet war. Wenn sie gleichwohl auf Anregung des Vorsitzenden erlassen wurde, offenbar weil eine Beanstandung durch den Verteidiger erwartet wurde, so ist dadurch der An=

geklagte nicht beschwert. Nach § 237 Abs. 1 StPO. steht dem Vorsitzenden die Leitung der Verhandlung und die Aufnahme des Beweises zu. Dazu gehört auch die in § 51 Abs. 2 StPO. vorgeschriebene Belehrung der Zeugen über ein Zeugnisverweigerungsrecht. Ebenso ist es Sache des Vorsitzenden, dem Zeugen gemäß § 68 StPO. vor seiner Vernehmung den Gegenstand der Untersuchung und die Person des Beschuldigten zu bezeichnen. Nach beiden Richtungen ist die Zeugin vom Vorsitzenden aufgeklärt worden. Damit ist dem Gesetz genügt. Eine Belehrung des Zeugen darüber, „was er eigentlich bekunden solle“, ist mit gutem Grund vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Der Angeklagte und der Verteidiger haben kein Recht, eine solche Belehrung zu verlangen, und der Verteidiger hat kein Recht darauf, daß der Vorsitzende ihm gestattet, sie selbst dem Zeugen zu erteilen. Allerdings ist es nicht etwa nach dem Gesetz unzulässig, daß der Vorsitzende dem Verteidiger eine solche Erlaubnis erteilt, und wenn die Strafkammer sich darüber im Irrtum befunden und deshalb den Antrag des Verteidigers abgelehnt hätte, wäre ihr Beschluß nicht zu billigen. Für einen solchen Irrtum liegt aber kein genügender Anhalt vor. Der Ausdruck „prozeßordnungswidrig“ nötigt dazu nicht. Er kann auch in dem Sinne gebraucht sein, daß im gegebenen Fall das Verlangen des Verteidigers prozeßordnungswidrig sei, nämlich weil die gewünschte Belehrung Sache des Vorsitzenden und bereits von diesem sachgemäß erteilt sei, so daß das Verlangen des Verteidigers als unangemessene und deshalb unzulässige Einmischung in die nach § 237 StPO. dem Vorsitzenden zustehende Sachleitung erscheine. So verstanden wäre der Ausdruck „prozeßordnungswidrig“ nicht zu beanstanden, und ob in diesem Sinne das Verlangen des Verteidigers prozeßordnungswidrig war, ist eine Ermessensfrage, die in der Revisionsinstanz nicht nachgeprüft werden kann. (Urt. d. I. StS. vom 8. Dezember 1913, 1 D 699/1913).

3247 E.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Bedeutung der Nachlaßverwaltung. Rechnung über die Auslagen und die Vergütung des Nachlaßverwalters, Zuständigkeit zu ihrer Verbescheidung und Verfahren hiebei. (BGB. §§ 1975, 1915, 1962, 1835, 1836, 1837, 1840—1843, 1892, 1987; GFG. §§ 20, 75). Ein Nachlaßverwalter veräußerte Grundstücke an die Pappenfabriken H. Der Käufer focht den Kaufvertrag an. In der Berufungsinstanz schloß der Nachlaßverwalter mit dem Käufer einen Vergleich. Das Nachlaßgericht lehnte am 26. Juni 1908 die Genehmigung des Vergleichs ab, weil er dem Wohle der Gläubiger zuwiderlaufe. In einer Gegenvorstellung vom 27. Juni 1908 erklärte der Nachlaßverwalter: „Wenn das Gericht den Vergleich nicht genehmigen könne, so bitte er die Akten der höheren Instanz vorzulegen“. Das Nachlaßgericht hat hierauf keine Verfügung getroffen. Am 29. Oktober 1908 erneuerten der Nachlaßverwalter und der Prozeßgegner den Vergleich mit einigen Aenderungen. Als der Nachlaßverwalter die Abrechnung über die Einnahmen und Ausgaben vorlegte und damit einen Anspruch auf Vergütung für die Führung seines Amtes im Betrage von 1 bis 2% der Nachlaßmasse verband, setzte das Nachlaßgericht das Honorar des Nachlaßverwalters „einschließlich aller Auslagen“ auf 6000 *M* fest. In einer weiteren Verfügung führte das Nachlaßgericht aus, daß der dem Nachlaßverwalter nach Abzug der Gerichtskosten verbleibende Rest 4792.41 *M* betrage und daß dieser Rest dem Nachlaßverwalter für sein auf 6000 *M* einschließlich der Auslagen festgesetztes Honorar gebühre, daß aber von den 5451.61 *M* betragenden Kosten und Auslagen für den Prozeß mit den Pappenfabriken H. nur ein Betrag von 900 *M* als die Nachlaßmasse treffend anerkannt werde, während die übrigen Auslagen und insbesondere 700 *M*, die der Nachlaßverwalter auf Grund des Vergleichs bezahlte, nicht die Nachlaßmasse treffen, weil der Vergleich durch das Nachlaßgericht nicht genehmigt wurde. Gegen die Verfügung vom 8. November 1913 legte der Nachlaßverwalter Beschwerde ein. Das LG. verwarf sie als unzulässig. Auf die weitere Beschwerde hob das ObLG. den Beschluß des LG. und die Verfügungen des Nachlaßgerichts auf und verwies die Sache zurück.

Gründe: Die Nachlaßverwaltung ist nach § 1975 BGB. eine Pflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger. Auf eine Pflegschaft sind nach § 1915 BGB. und § 75 GFG. vorbehaltlich besonderer Vorschriften die Vorschriften für die Vormundschaft entsprechend anzuwenden. Vormundschaftsgericht ist nach § 1962 BGB. das Nachlaßgericht. Nach dem hiernach anwendbaren § 1837 BGB. hat das Nachlaßgericht die gesamte Tätigkeit des Nachlaßverwalters zu beaufsichtigen. Ohne seine Genehmigung kann der Nachlaßverwalter nach § 1821 Nr. 1 BGB. über ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück nicht verfügen und nach § 1822 Nr. 12 BGB. keinen Vergleich in einem Rechtsstreite schließen, dessen Gegenstand den Nachlaß betrifft und den Wert von 300 *M* übersteigt. Der Nachlaßverwalter hat dem Nachlaßgericht nach § 1840 bis 1843 BGB. jährlich und nach § 1892 BGB. am Schlusse seiner Verwaltung Rechnung zu legen. Das Nachlaßgericht hat die Rechnung zu prüfen und sie, soweit erforderlich, ergänzen und berichtigen zu lassen. Die Abnahme der Schlußrechnung hat es durch Verhandlung mit den Beteiligten zu vermitteln und, soweit die Rechnung als richtig anerkannt wird, das Anerkenntnis zu beurkunden. Der Nachlaßverwalter kann nach § 1987 BGB. eine angemessene Vergütung verlangen. Die Vergütung wird unter Ausschluß des Prozeßwegs durch das Nachlaßgericht festgesetzt (§ 1836 BGB.; NachlO. § 85 Abs. 2; vgl. Planck, BGB. 3. Aufl. Bem. 8 zu § 1987, n. Samml. 4 S. 474 und 6 S. 749). Macht der Nachlaßverwalter Aufwendungen, so kann er deren Ersatz nach § 1835 BGB. verlangen. Ueber die Ersatzansprüche des Nachlaßverwalters kann das Nachlaßgericht nicht entscheiden; über die zu erstattenden Aufwendungen entscheidet im Streitfalle das Prozeßgericht. (Vgl. n. Samml. 3 S. 182, OLGRspr. 8 S. 361.) Das Nachlaßgericht kann zu dem Ersatze von Aufwendungen nur in dem Sinne Stellung nehmen, daß es die Aufnahme einer Auslage in die Rechnung billigt oder beanstandet und gegebenenfalls zwischen dem Nachlaßverwalter und den Erben zu vermitteln sucht. Es empfiehlt sich deshalb nicht, den Bescheid über die Auslagen mit dem Bescheid über die Vergütung für die Führung seines Amtes zu verbinden (vgl. Planck, Bem. 10 zu § 1836 und KGJahrb. 29 A 23).

Das LG. hat diese rechtlichen Grundlagen der Ansprüche des Nachlaßverwalters richtig erkannt, hat aber die Entscheidung des Nachlaßgerichts nicht richtig beurteilt. Es ist nicht richtig, daß das Nachlaßgericht die Vergütung des Nachlaßverwalters gesondert festgesetzt hat. Es hat „das Honorar des Nachlaßverwalters einschließlich aller Auslagen“ auf 6000 *M* festgesetzt. In der angefochtenen Verfügung hat es die frühere Verfügung zwar teilweise geändert. Aber es hat bemerkt, daß der Aktivrestbetrag von 4792.41 *M* dem Nachlaßverwalter für sein auf 6000 *M* einschließlich der Auslagen festgesetztes Honorar gebühre, daß jedoch von den 5451.61 *M* betragenden Kosten und Auslagen des Verwalters auf den Prozeß mit den Pappenfabriken nur 900 *M* anerkannt werden, die übrigen Auslagen und insbesondere die Vergleichssumme von 700 *M* dagegen nicht. Hiemit ist keine Scheidung zwischen der

Vergütung und den Auslagen des Nachlaßverwalters getroffen, endgültig über den Ersatz einiger Auslagen des Verwalters entschieden und doch die Unklarheit nicht behoben worden, welche Vergütung dem Nachlaßverwalter gebühre. Die Mängel der zusammenhängenden nachlaßgerichtlichen Verfügungen sind hiernach folgende: Eine gesonderte Verfügung über die Vergütung des Nachlaßverwalters ist nicht erlassen worden, unklar bleibt, auf welchen Betrag die Vergütung des Nachlaßverwalters für sich allein festgesetzt ist, unklar bleibt ferner, ob das Nachlaßgericht die Rechnung des Nachlaßverwalters vorschriftsmäßig geprüft hat. Sicher ist, daß es die Vorschrift nicht befolgt hat, zur Abnahme der Rechnung die Beteiligten, d. h. die Erben, zur Verhandlung mit dem Verwalter vorzuladen, zwischen ihnen zu vermitteln und ein etwaiges Anerkenntnis der Beteiligten zu beurkunden. Es hat vielmehr über wenigstens einen Teil der Auslagen des Nachlaßverwalters endgültig entschieden, ohne die Beteiligten zu hören. Dazu kommt noch, daß das Nachlaßgericht den Ersatz eines Teiles der Auslagen ausschließen wollte, weil es den vom Nachlaßverwalter mit den Pappenfabriken geschlossenen Vergleich nicht genehmigte; dabei berücksichtigte es aber nicht, daß die Erklärung des Nachlaßverwalters vom 27. Juni 1908 als Beschwerde gegen die Verfügung vom 26. Juni 1908 aufzufassen ist, durch welche die Genehmigung des Vergleichs abgelehnt wurde, und daß eine Entscheidung über diese Beschwerde bis jetzt nicht herbeigeführt wurde.

Das LG. hat die Beschwerde des Nachlaßverwalters als unzulässig verworfen. Die vom Nachlaßverwalter angefochtenen Verfügungen haben den Anspruch des Nachlaßverwalters auf Ersatz der Aufwendungen verneint, die ihm durch den Vergleich mit den Pappenfabriken erwachsen sind. Auf den Ersatz der Aufwendungen hat der Nachlaßverwalter nach § 1835 ein Recht. Eine Entscheidung, die ihm den Ersatz abspricht, beeinträchtigt daher das Recht des Nachlaßverwalters, er ist deshalb nach § 20 GFG. zur Beschwerde berechtigt. Dieses Recht ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Nachlaßgericht nicht zu einer endgültigen Entscheidung über den Ersatz der Auslagen zuständig war. Denn soweit ihm die Zuständigkeit fehlte, durfte es keinen Ausspruch über die Berechtigung oder Nichtberechtigung des Anspruchs des Nachlaßverwalters erlassen. Die Beschwerde des Nachlaßverwalters war also nicht unzulässig. (Beschl. des I. ZS. vom 9. Januar 1914, Reg. III 115/1913).

3250 W.

B. Strafsachen.

I.

Vogelschutzgesetz: Die Verjährung hindert nicht die Einziehung der geschützten Vögel; § 1 der VO. vom 19. Oktober 1908 trifft entgeltliche Verträge jeder Art. Das Berufungsgericht hat die Einziehung geschützter, von dem Angeklagten teils selbst gefangener, teils durch Tausch erworbener Vögel und der Fangwerkzeuge verfügt. Die Straftat selbst war verjährt. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Verjährung steht der Einziehung nicht im Wege. Der § 7 Abs. 2 VogSchG. vom 30. Mai 1908 ist dem § 42 StGB. nachgebildet; es ist daher die Annahme gerechtfertigt, daß für ihn die gleichen rechtlichen Grundsätze gelten. Für § 42 StGB. findet sich zwar mehrfach die Anschauung vertreten, daß er nur Platz zu greifen hat, wenn die Strafverfolgung tatsächlich unausführbar ist, nicht auch dann, wenn Strafausschließungsgründe vorliegen oder Verjährung eingetreten ist. Diese Anschauung findet aber in dem Wortlaute des Gesetzes keinen Anhalt; es steht deshalb auch die überwiegende Mehrzahl der Rechtslehrer auf dem Standpunkte, daß die Verjährung der Strafverfolgung der Einziehung nicht im Wege steht. Auf diesem Standpunkt steht einmütig die Rechtsprechung (vgl. RGRechtspr. 8, 617; 9, 15; RGSt. 14, 382; OLG. München St. 5 S. 369). Hievon abzugehen besteht kein Anlaß.

Allerdings spricht § 1 der VO. vom 19. Oktober 1908 nur von dem Ankaufe, dem Verkauf und dem Feilbieten von Vögeln; aus dem Zwecke der VO., der offensichtlich dahin geht, der Vernichtung der einheimischen Vogelwelt vorzubeugen, geht aber hervor, daß nicht nur Kaufgeschäfte in dem engeren bürgerlichrechtlichen Sinne verboten, daß vielmehr entgeltliche Verträge jeder Art getroffen werden sollten. Wollte man das Verbot auf Kaufgeschäfte beschränken, so wäre es nahezu wirkungslos, da gerade auf diesem Gebiet andere Erwerbsarten, insbesondere der Tausch, eine sehr große Rolle spielen. Es ist daher dem LG. darin beizupflichten, daß es die von ihm festgestellte Erwerbsart — Annahme an Zahlungs Statt für gelieferte Schneiderarbeiten — als unter das Verbot fallend erachtet hat. (Urt. vom 8. November 1913, Rev.-Reg. 480/1913). Ed.

3253

II.

Der Vormund ist nach § 153 GewO. strafbar, wenn er sein Mündel durch Anwendung der in diesem Paragraphen genannten Mittel zur Teilnahme an einem Streik zu bestimmen versucht. Der Angeklagte hat als Vormund seine Mündel durch ehrverletzende Aeußerungen zu bestimmen versucht, sich am einem Ausstande zu beteiligen; er wurde wegen eines Vergehens nach § 153 GewO. verurteilt; seine Berufung und Revision wurden verworfen.

Aus den Gründen des Revisionsurteils: Es ist zu prüfen, ob der Angeklagte innerhalb der Grenzen gehandelt hat, die ihm das Gesetz bezüglich der Sorge für die Person und das Vermögen der Mündel gesteckt hat. Das LG. ist davon ausgegangen, daß der Vormund auf die Erziehung nicht so einwirken darf, daß er dadurch gegen ein gesetzliches Verbot verstößt; diese Anschauung entspricht dem Gesetze. Der Angeklagte hatte als Vormund das Recht, den Mündel zu ermächtigen, in Dienst oder Arbeit zu treten; dieses Recht konnte ausdrücklich oder stillschweigend ausgeübt werden. Die Ermächtigung konnte der Angeklagte allerdings zurücknehmen oder einschränken. Wollte er sie zurücknehmen, so stand es ihm frei, den Vertrag zwischen seinem Mündel und dessen Arbeitgeberin ordnungsgemäß zu kündigen, aber er durfte nicht durch ein nach dem Gesetze verbotenes Mittel — § 153 GewO. — den Mündel bestimmen, sich an dem Streik zu beteiligen, zu diesem Zwecke das Vertragsverhältnis zu lösen, und so durch unzulässige Mittel auf den Mündel zwecks Aufgabe des Arbeits- oder Dienstverhältnisses einwirken. Hierin liegt ein Mißbrauch des Rechts des Angeklagten. Nach der Feststellung des LG. ist der Angeklagte bei seinem Vorgehen überhaupt nicht als Vormund, sondern unter Mißbrauch seiner vormundschaftlichen Stellung nur als Agitator für den Ausstand aufgetreten; er wollte nicht in Erfüllung seiner Fürsorgepflicht als Vormund das von seinen Mündeln eingegangene Arbeitsverhältnis beendigen, sondern deren Teilnahme am Streik veranlassen; er wollte die Mädchen seinen agitatorischen Zwecken dienstbar machen. Gegen diese Feststellung bestehen keine Bedenken. (Wird näher ausgeführt.) (Urt. vom 15. November 1913, Rev.-Reg. 526/1913). Ed.

3252

Oberlandesgericht München.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verschulden eines sonst als zuverlässig erprobten Kanzleiangestellten fällt dem Rechtsanwalt nicht zur Last; der mit der Behandlung des Gerichtseinlaufs beauftragte Beamte ist verpflichtet, einen bei ihm eingelaufenen Schriftsatz auf Bestimmung und Inhalt zu prüfen (§§ 233 Abs. I, 232 Abs. II, 238 Abs. III ZPO.). Aus den Gründen: Es ist glaubhaft gemacht, daß der eingeschriebene Brief, in dem Rechtsanwalt A dem Rechtsanwalt B den Auftrag gab, Berufung einzulegen, in der Kanzlei des Rechtsanwalts B am 3. Februar mit der Mittagspost zugestellt wurde, daß die Berufungseinlegung sofort gefertigt wurde und daß nachmittags etwas nach 4 Uhr der Kanzlist D mit dem Austragen dieses Schriftsatzes und des übrigen Gerichtsauslaufes beauftragt wurde. Der Buchhalter C hatte den D noch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß am 3. Februar die Berufungsfrist ablief, und ihm eingeschärft, daß er den Schriftsatz beim OLG. einreichen müsse; er ließ sich von ihm bestätigen, daß er das Einlaufzimmer des OLG. genau kenne. D hat am 3. Februar gegen ½5 Uhr irrtümlich den Berufungsschriftsatz in das auf dem gleichen Stockwerk wie das Einlaufzimmer des OLG. liegende Einlaufzimmer des LG. getragen und dort in das Einlauffach gelegt. Der Sekretär des LG. hat den Schriftsatz aus dem Einlauffach an sich genommen und den Eingangsvermerk und sein Handzeichen daraufgesetzt. Es ist ferner glaubhaft gemacht, daß der Kanzlist D sonst stets zuverlässig war. Unter diesen Umständen trifft den Rechtsanwalt B kein Verschulden an der Versäumung der Frist; er hat vielmehr die von ihm zu erwartende Sorgfalt angewandt. Er durfte annehmen, daß der als zuverlässig erprobte D den Schriftsatz auftragsgemäß in das Einlaufzimmer des OLG. bringen werde und konnte nicht an einen Irrtum denken, nachdem der Kanzlist ausdrücklich versichert hatte, daß er dieses Zimmer genau kenne.

Der Sekretär des LG. war verpflichtet, den in sein Einlauffach gelangten Schriftsatz auf seine Bestimmung und seinen Inhalt zu prüfen. Dabei mußte er bemerken, das der Schriftsatz nicht für das LG., sondern für das OLG. bestimmt war, daß er eine Berufungseinlegung enthielt und daß die Berufungsfrist am gleichen Tage ablief. Unter diesen Umständen mußte er den Rechtsanwalt sofort von dem unrichtigen Einlauf benachrichtigen. Es wäre dann noch möglich gewesen, den Schriftsatz rechtzeitig beim OLG. einzureichen. Der Rechtsanwalt durfte erwarten, daß der Beamte, zu dessen Aufgabe die Entgegennahme des Einlaufs gehört, einen etwaigen Fehler alsbald bemerken und ihn davon Kenntnis geben würde. Hiernach muß angenommen werden, daß der Beklagte durch unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, die Notfrist einzuhalten. Sein Wiedereinsetzungsantrag ist daher begründet. (§ 233 Abs. 1, § 232 Abs. 2 ZPO.). Gemäß § 238 Abs. 3 ZPO. fallen die Kosten der Wiedereinsetzung dem Beklagten zur Last. Hierüber wird jedoch nicht in diesem Zwischenurteil, sondern in dem Endurteil entschieden. (Vgl. Skonietzki, Komm. z. ZPO. Anm. 6 zu § 238 Anm. 4 zu § 91). (Urt. d. IV. ZS. vom 21. Mai 1913, L 104/13). H.

3259

Bücheranzeigen.

Hager, Dr. P. und **Dr. E. Bruck**, Regierungsräte, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag nebst dem zugehörigen Einführungsgesetze. 3. Auflage. 438 Seiten. Berlin 1913, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. Geb. Mk. 6.—

Bekanntlich ist eine überreichliche Zahl von Ausgaben des Gesetzes über den Versicherungsvertrag erschienen. Die „grüne Ausgabe" ist eine von den wenigen, die sich gehalten und durchgesetzt hat. Dieser Erfolg spricht für ihren Wert. Er ist wohlverdient, weil sich die Ausgabe nicht mit einer bloßen Stoffsammlung begnügt, sondern sich durch systematischen Aufbau der Erläuterungen dem Kommentar nähert. —F.—

Gesetzgebung und Verwaltung.

Der Rechtshilfe- und Auslieferungsverkehr mit Bulgarien ist durch die Verträge vom 29. September 1911 auf eine neue Grundlage gestellt worden. Die Bek. vom 14. Februar 1914 (JMBl. S. 21) bringt die Vorschriften der Bek. vom 28. Dezember 1908 (JMBl. 1909 S. 2) und vom 8. April 1911 (JMBl. S. 113) auf den neuen Stand. S.

Der Auslieferungsverkehr mit Panama (vgl. diese Zeitschrift 1913 S. 96) kann sich nun auf eine allgemeine Gegenseitigkeitserklärung stützen. Das Nähere enthält die Bek. vom 14. Februar 1914 (JMBl. S. 21). S.

Sprachecke des Allgemeinen Deutschen Sprachvereins.

Ein gemeingefährliches Wort. Niemand tut heutzutage noch etwas, sondern seitens jemandes wird etwas getan — so will's der Modestil. Hier ein paar Beispiele aus neuesten Zeitungen: „Der Antrag wurde seitens der Versammlung einstimmig angenommen .... Hierin kann nur seitens der Schule dauernde Abhilfe geschaffen werden .... Eintrittskarten gelangen kostenfrei zur Versendung seitens der Geschäftsstelle in der Taubenstraße .... Seitens der Polizei wurden sofort die nötigen Maßnahmen getroffen .... Hierauf wird seitens der Verwaltungsstellen wie seitens des Bundesrats hingearbeitet werden" usf. Allgemein erkennt man an, daß der häufige Gebrauch der Leideform der Sprache alles Leben, alle Frische und Anschaulichkeit raube. Und in den gegebenen Beispielen ist der Räuber überall nur das böse Wort seitens. Wie einfach, wie anschaulich und lebendig lauten dieselben Sätze in der Tätigkeitsform: „Die Versammlung nahm den Antrag einstimmig an .... Nur die Schule kann hierin dauernde Abhilfe schaffen .... Eintrittskarten versendet kostenfrei die Geschäftsstelle in der Taubenstraße .... Die Polizei traf sofort die nötigen Maßnahmen .... Die Verwaltungsstellen wie der Bundesrat werden hierauf hinarbeiten". Uebrigens stehen für einzelne nicht hierhergehörige Fälle anderer Art für seitens bekanntlich auch noch die Wörtchen von und durch zur Verfügung. Deshalb gelte die einfache Regel: Schreibe niemals „seitens" — „werft das Scheusal in die Wolfsschlucht!" Und das neuerdings ebenso beliebte greuliche Modewort „zwecks" werft hinterdrein! Als ob es in der deutschen Sprache kein zu, zur und zum mehr gäbe. O. Sarrazin (Berlin).

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. I. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 7. München, den 1. April 1914. 10. Jahrg.

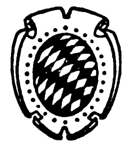
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
K. I. Staatsanwalt im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Unwirksamkeit und Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

Von Oberlandesgerichtsrat **Dr. Wilhelm Silberschmidt** in Zweibrücken.

Das Rechtsgeschäft, die von der Rechtsordnung zugelassene und geordnete Willenserklärung, mittels deren der Parteiwillen eine rechtliche Wirkung zu erreichen sucht (vgl. Motive z. Entw. eines BGB., Guttentag 1, 126), hat manchmal überhaupt keinen Erfolg in der Außenwelt, dann spricht man von Wirkungslosigkeit (vgl. Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, Berliner Diss. 1910, 179) oder wenigstens nicht die beabsichtigte Wirkung, die Geschäftswirkung, dann spricht man von der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. In beiden Fällen wird lediglich die Tatsache der mangelnden Wirkung festgestellt. Fragt man nach dem Grunde des Wirkungsausfalls, so kann er in den die Wirkung verneinenden Vorschriften der das Rechtsgeschäft beherrschenden Rechtsordnung liegen oder in dem die Wirkung tatsächlich beschränkenden oder verneinenden Inhalt der Willenserklärung. Im ersteren Falle handelt es sich um Mängel der Geltungsvoraussetzungen, durch welche die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts herbeigeführt wird und zwar entweder sofort und unter allen Umständen, bei Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, oder erst später, auf die Anfechtung einer bestimmten Person hin. Im zweiten Falle handelt es sich um Mängel der Wirksamkeitsvoraussetzungen, die zur völligen, zeitweisen oder teilweisen Unwirksamkeit führen können und zwar auch wieder jedermann gegenüber oder nur gegenüber bestimmten Personen. Ist endlich ein Rechtsgeschäft, wie es die Rechtsordnung vorgesehen und geordnet hat, im Einzelfalle nicht zustande gekommen, dann kann es sich nur um einen Fall der Ungültigkeit handeln, wenn z. B. eine mündliche Willenserklärung vorliegt, statt der vorgeschriebenen gerichtlichen, oder um den Mangel jeder rechtlich bedeutsamen Willenserklärung, in welchem Falle überhaupt kein Rechtsgeschäft, also auch kein ungültiges oder unwirksames, vorliegt. So bleibt als Hauptgegensatz der Mangel der Geltungsvoraussetzungen gegenüber dem Mangel der Wirkungsvoraussetzungen oder die Ungültigkeit und als ihr Gegensatz die Unwirksamkeit, hier im engeren oder eigentlichen Sinne verstanden.

Dieser Gegensatz hat schon im gemeinen Rechte bestanden und Windscheid z. B. führt in § 82 Anm. 1 seines Lehrbuchs aus, daß der Sprachgebrauch mit ungültig vorzugsweise dasjenige bezeichnet, was nicht anerkannt wird, obgleich es anerkannt sein möchte. Eine erhöhte Bedeutung hat der Gegensatz aber erlangt, als der Begriff der Unwirksamkeit in das BGB. und seine Nebengesetze, insbesondere das HGB., die KO. und das AnfG. Eingang fand und es sich darum handelte, seinen Sinn im Einzelfalle festzuhalten.

Darüber hat sich dann eine ganze Literatur gebildet. Die Ableitung der Unwirksamkeit aus den „Wirksamkeitsvoraussetzungen" ging zunächst von Zitelmann aus. Vgl. „Die Rechtsgeschäfte im Entw. eines BGB." 1 (1889), 30 und „Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil" (1900), 92 und 101. Die weitere Ausführung erfolgte in mehreren Dissertationen über den Begriff der Unwirksamkeit, von Figge (Rostock 1902), Markwald (Rostock 1903), Alexander (Berlin 1903), Oettinger (Berlin 1904) und Schachian a. a. O. Zitelmann und insbesondere Strohal, „Ueber relative Unwirksamkeit", Sonderabdruck aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des OestABGB. 1911, die letzte und bedeutendste Arbeit über diesen Gegenstand (vgl. inzwischen Fischer, „Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte" aus der Festschrift für Ad. Wach 1913, 183 ff., und André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, in den Festgaben der Marburger Juristischen Fakultät für Enneccerus 1913), knüpfen die ursprüngliche Nichtigkeit unmittelbar an einen Mangel in der

rechtsgeschäftlichen Errichtungsvoraussetzung, Zitelmann daneben die später eintretende Nichtigkeit an den Ausfall einer nachholbaren Wirksamkeitsvoraussetzung und an den Eintritt einer vernichtenden Tatsache. Schachian (S. 181) und früher schon Figge (S. 37) lassen die Nichtigkeit aus dem Mangel in den „Geltungsvoraussetzungen" folgen, Alexander aus dem Mangel in den auch von Zitelmann benannten „Begriffserfordernissen" (S. 8). Diejenigen Fälle der Unwirksamkeit i. w. S., bei denen es an Erfordernissen zum Zustandekommen des Geschäfts nicht fehlte und die schon Gradenwitz, „Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte" 1887 (S. 301), unter dem Begriff der Ungültigkeit i. e. S. zusammengefaßt hatte, vereinigten, an den Mangel in den „Wirkungsvoraussetzungen" anknüpfend Alexander (S. 14), Schachian (S. 186), früher schon Markwald (S. 34) und Figge (S. 37) unter dem Begriff der Unwirksamkeit i. e. S., während Oettinger (S. 23) eigentlich unwirksam diejenigen Rechtsgeschäfte nennt, die unwirksam sind, ohne daß sie nichtig und trotzdem sie nicht nichtig sind. Und ebenso bildet Strohal (S. 5) die Gruppe der Unwirksamkeit i. e. S., indem er von den Fällen der Unwirksamkeit i. w. S. die der Nichtigkeit und Anfechtung abzieht.

Mit vollem Rechte haben aber Leonhard, BGB. 1 (1900), 440 und nach ihm Alexander (S. 65) diese Begriffsbildungen solange als bedeutungslos erklärt, „als sie nicht von einem Rechtsanwendungsbedürfnisse hervorgetrieben sind". Dieses Bedürfnis besteht nunmehr und es erfordert vor allem zu prüfen, nicht allein, wie nach den Regeln der Denkkunst die Begriffe: Gültigkeit, Ungültigkeit, Wirksamkeit und Unwirksamkeit gebildet, sondern ob und wie sie in den einzelnen Gesetzen angewendet werden. Dabei wird im Auge zu behalten sein, ob denn der Gegensatz in den Geltungs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen der einzige mögliche Gegensatz ist. Es wird darauf zu achten sein, ob nicht auch im Bereiche der Geltungsvoraussetzungen der Begriff der bloßen Unwirksamkeit und im Bereiche der Wirksamkeitsvoraussetzungen auch der Begriff der Ungültigkeit denkbar und üblich ist. Letzteres wird allerdings auszuschließen sein, weil der Begriff „Unwirksamkeit" nach seiner Bildung die tatsächliche Geltung voraussetzt. Um so mehr wird aber die erstere Frage der Beantwortung bedürfen. Dabei wird auszugehen sein von dem römisch-rechtlichen Ungültigkeitsbegriff, der Nichtigkeit, und wird zu prüfen sein, wie er sich unter der Einwirkung der neueren Gesetzgebung und der Wissenschaft gestaltet hat, ob nicht Veränderungen und insbesondere Abschwächungen des Begriffs eingetreten sind und ob nicht Veranlassung bestand, manchmal vor den strengen Folgen der Nichtigkeit die Augen zu verschließen und nur die Frage der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Auge zu behalten.

I. Der Hauptsitz der Streitfrage ist für uns natürlich das BGB. Wie es sich zu dem Begriff der Unwirksamkeit stelle, wurde auch bisher schon erörtert und verschieden beantwortet. Alexander sieht einen „scharfsinnigen, bis in die Einzelheiten durchgeführten Unterschied zwischen nichtig und unwirksam, dessen Behandlung eine bewußte Systematik erkennen läßt" (S. 63), Oettinger findet die Begriffe der Unwirksamkeit im w. und im e. S. „scharf umgrenzt" und „klar und folgerichtig bis in die letzten Ausläufer und Einzelheiten hinein" durchgeführt, nur sei es nicht geglückt, „die Begriffe in die entsprechenden Ausdrucksformen zu gießen" (S. 49). Gegen die Behauptung, daß das der deutschen Sprache nicht möglich sei (Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit in Jherings Jahrb. 28, 87, und Bähr in der KrVJSchr. 30, 323), wendet er sich mit Jakobi (Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte im ArchZivPrax. 86, 109) in scharfen Ausdrücken und mit Recht wird von Alexander (S. 66) auf das Loblied Bezug genommen, das Jhering (Zweck im Recht 2, XX) dem Tiefsinn der deutschen Sprache widmet. Dagegen erklärt Schachian (S. 187), daß in unserer Frage „die schwankende Terminologie des Gesetzes von einem einheitlichen Leitgedanken nicht durchdrungen ist und daß die systematische Behandlung der mangelhaften Rechtsgeschäfte „abseits von der Ausdrucksweise des BGB. ihren eigenen Weg gehen" muß. Das kann für die Rechtsanwendung sicher nicht das Richtige sein, umgekehrt muß die Sprache und der Sinn des Gesetzes im Vergleiche mit der Denk- und Ausdrucksweise seiner Vorgänger untersucht und danach der Aufbau der Begriffe versucht werden.

1. Dabei findet sich ziemlich übereinstimmend und insbesondere auch noch bei Strohal (S. 1 f.) und Fischer (S. 205) die Behauptung, der von den Römern überlieferte Rechtsstoff sei zur Herausarbeitung einer abgerundeten und durchsichtigen Unwirksamkeitslehre wenig geeignet gewesen. Das mag richtig sein, soweit eine Darstellung nach den heutigen Begriffen erstrebt wird. Fragen wir aber, welche Stellung das römische Recht dem mangelhaften Rechtsgeschäft gegenüber eingenommen hat, dann muß gesagt werden: Wie das Rechtsgeschäft des alten römischen Rechts „den Charakter schärfst ausgeprägter Individualität an sich trägt" (Jhering, Geist des römischen Rechts 3[1] [1888], 177), so auch die Gegenwirkung gegen das fehlerhafte Rechtsgeschäft. Wie dort Begründung und gerichtliche Geltendmachung des Rechts engstens zusammenhängen (ebenda S. 137), wie bei letzterer alles sich um die litiscontestatio dreht, bei dem Rechtsgeschäft aber der Augenblick der Vornahme über den Tatbestand und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (ebenda S. 152), das an sich Einheit der Handlung, der Zeit und des Raumes erfordert, entscheidet, wie in diesem Augenblick die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Parteien, z. B. auch die Genehmigung des Vormunds, die Eignung der Sache, die rechtliche Möglichkeit des Geschäftsinhalts vorhanden sein müssen und Bedingung

und Befristung nur beschränkt zugelassen sind, so einfach gestaltet sich die Wirkung, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind. Sind die Errichtungserfordernisse, um die es sich allein handeln kann, im Augenblick des Rechtsgeschäfts nicht vorhanden, dann ist es unheilbar nichtig. Aehnlich wie die litiscontestatio das bisherige Rechtsverhältnis zerstört und nur das aus dem Rechtsstreit sich ergebende Urteil an die Stelle setzt, Verurteilung oder Abweisung, so tritt beim Mangel der Errichtungsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts an die Stelle der durch dieses beabsichtigten Wirkung die Nichtigkeit. Diese römisch-rechtliche Nichtigkeit hat auch heute noch ihre ganz besonderen Kennzeichen. Das Recht verweigert dem Geschäft die Anerkennung; dieses ist für das Recht nicht vorhanden, ohne daß dies erst ausgesprochen werden müßte; jedermann kann sich darauf berufen, daß es nicht vorhanden ist; mit dem Hauptgeschäft entfallen alle Bestärkungen und Nebengeschäfte. Wie die Parteien für gewisse Fälle die Strafe der Nichtigkeit vereinbaren, so ist sie tatsächlich eine Strafe der verletzten Rechtsordnung, auch wenn sie von Amts wegen und wenn sie auf Anfechtung eines Berechtigten eintritt.

2. Im späteren römischen Recht und im gemeinen Recht ist der Grundsatz der Konzentration verlassen worden (vgl. Ihering a. a. O. 3, 166); an den Vorschriften über die Nichtigkeit selbst hat sich aber wenig geändert.

3. An diese Bestimmungen, insbesondere wie sie Windscheid damals vertrat, schloß sich eng der I. Entwurf des BGB. an. Der 6. Titel des 4. Abschnitts im I. Buche trug die Aufschrift „Unerlaubte Rechtsgeschäfte". Der 7.: „Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte". In letzterem sprach § 108 aus:

> Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre;

§ 109:

> Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird nicht dadurch gültig, daß die Gründe der Nichtigkeit später wegfallen

und die Motive bemerkten (1, 117) hiezu, daß, soweit in den sog. Konvaleszenzfällen ein Nachlaß von dem Vorhandensein des Tatbestandes zur Zeit der Vornahme des äußeren Aktes zugestanden ist, zur Wahrung jenes Grundsatzes das Rechtsgeschäft, dem es an dem nachholbaren Erfordernis gebricht, nicht als nichtig, sondern als unwirksam behandelt wird.

Für diese Fälle ging man also davon aus, daß eine Milderung der strengen Nichtigkeitsvorschriften geboten sei und da man deshalb nach Heilung des Fehlers das Rechtsgeschäft anerkennen wollte, behandelte man, zur Wahrung des Grundsatzes, das Rechtsgeschäft vorher nicht als nichtig, sondern nur als unwirksam. Zur Aufschrift des 7. Titels war in den Motiven (1, 216) die Unwirksamkeit als der Fall dargestellt, in dem das Rechtsgeschäft ohne die beabsichtigten rechtlichen Wirkungen ist, sei es, wie bei der Nichtigkeit von vornherein, sei es dem Willen der Parteien gemäß beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses. Hier aber soll die Unwirksamkeit auch von vornherein eintreten, aber, im Gegensatz zur Nichtigkeit, nicht für immer, sondern bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses.

Die Auffassung der Motive lehnt sich offensichtlich an die Aufhebung des Konzentrationsgrundsatzes im späteren römischen Recht an. Nicht zu vergessen ist dabei auch, daß Windscheid, das maßgebende Mitglied der Kommission, durch das französische Recht durchgegangen war und im Jahre 1847 ein Buch „Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte" geschrieben hatte. In ihm spricht er sich in weitgehender Weise für eine gemilderte Nichtigkeit aus. Er unterscheidet (S. 69 f.) mit der Gesetzgebungssektion des Tribunats actes radicalement nuls, insbesondere die der Kinder und die auf einer cause illicite beruhenden, und auf der anderen Seite die nicht unbedingt rechtsunverbindlichen, die infolge Zwangs, Betrugs und Irrtums eingegangenen Akte und die ohne Genehmigung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte der Jugendlichen, Ehefrauen usw., welch letztere Akte durch eine innerhalb 10 Jahren zu erhebende action en nullité ou en rescision, die der restitutio in integrum entsprechen sollte, für nichtig erklärt werden mußten; die Verjährung und nachträgliche Genehmigung schließen die Erhebung dieser Klage aus. Im Gegensatz zu diesen unbedingt ungültigen oder in gewissen Fällen für ungültig zu erklärenden Rechtsgeschäften stellt Windscheid (S. 140) die vom Rechte in keiner Weise mißbilligten Rechtsgeschäfte, die von Anfang an gültig durch eine Selbstbeschränkung des Willens oder durch ein später eintretendes, ein wesentliches Erfordernis des Bestandes nicht hinwegnehmendes Ereignis ihre Kraft verlieren und er macht (S. 52) darauf aufmerksam, daß Ungültigkeit häufig unbestimmt läßt, ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit vorliege. So werden die unter Windscheids Mitwirkung und Einfluß entstandenen Bestimmungen des I. Entwurfs BGB. verständlicher werden.

Trotz der Milderungen fand man den Begriff der Nichtigkeit im I. Entwurf überspannt (Fischer in IheringsJ. 29, 329 f., vgl. auch Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen durch das RJA. 6, 128 f.), die §§ 108 und 109 des Entwurfs teils überflüssig teils in der Fassung mangelhaft und so fielen sie und zugleich die Ueberschriften der Titel. Damit wurde auf jede Begriffsbestimmung der Nichtigkeit im BGB. verzichtet. Dieses hat dann in noch weit höherem Maße, als es schon im Entwurf geschehen war, der wiederholt vorgeschlagenen „praktischen Behandlung" folgend, von dem farblosen Begriff der Unwirksamkeit Gebrauch gemacht und es der Auslegung überlassen, im einzelnen Falle den Sinn zu ermitteln.

II. Bei dieser Untersuchung über den Sinn und die Tragweite der Bestimmungen des geltenden Rechts muß der gleiche Weg eingeschlagen werden, den Windscheid bei seiner Abhandlung „über die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte im C. c." gegangen ist: es muß die Ausdrucksweise und der Sprachgebrauch des Gesetzes geprüft und danach der Wille des Gesetzes erforscht werden. Dabei wird sich dann ergeben, welche Bedeutung dem Begriff der Nichtigkeit innerhalb des Rahmens der Unwirksamkeit zukommt. Ausscheiden können dabei die für die Rechtsanwendung völlig klarliegenden und dem Gebiete der Gültigkeit überhaupt nicht angehörenden Fälle, in denen eine Wirkung des Rechtsgeschäfts entfällt, weil es an einer Willenserklärung fehlt oder weil diese selbst überhaupt keine oder wenigstens keine rechtsgeschäftliche Wirkung (vgl. RGZ. 68, 324 und 79, 305) herbeiführen wollte. Letzterer Fall liegt insbesondere dann vor, wenn die Beteiligten die von der Rechtsordnung an sich gewährleistete Rechtswirkung ausdrücklich ausschließen oder wenn einer Willensäußerung die Rechtsordnung den bezweckten Rechtserfolg versagt und dies den Beteiligten bekannt ist.

Sieht man von diesen Fällen ab, dann tritt die Bedeutung der Nichtigkeit innerhalb der Unwirksamkeit immer mehr hervor.

1. Selbstverständlich beruht die Unwirksamkeit auf Nichtigkeit immer dann, wenn das Gesetz diese Nichtigkeit ausdrücklich ausspricht; vgl. die Zusammenstellung bei Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 1, 346. Es sind das sämtlich Tatbestände, die vom Gesetz als fehlerhaft erachtet und mißbilligt, deshalb aber auch jeder Rechtswirkung beraubt werden.

Eine besondere Art der Nichtigkeit ist die Ehenichtigkeit. Nur ihre schwerste Art, wenn die Form des § 1317 BGB. nicht gewahrt und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen wurde, wenn also eine Eheschließung überhaupt nicht vorliegt, enthält unbedingte und unheilbare Nichtigkeit. Sonst muß, solange nicht die Ehe durch Tod oder Richterspruch aufgelöst ist, die Nichtigkeit erst auf Klage, wie im französischen Recht, ausgesprochen und sie kann in gewissen Fällen geheilt werden. Vgl. §§ 1323—1329 BGB. und auch Windscheid a. a. O. S. 80.

2. Wie letzterer dann weiter (S. 4 f.) feststellt, welche Fälle im C. c. denen der ausdrücklich erklärten Nichtigkeit gleichstehen und insbesondere die Fassung: „ne peut" hervorhebt, so ist auch im deutschen Rechte Nichtigkeit stets dann anzunehmen, wenn ein dahingehender Wille des Gesetzes festzustellen ist. Wenn dieses insbesondere z. B. in § 1317 ausspricht, daß die Erklärung nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben werden kann, so ist die Folge der Uebertretung nach § 1324 (heilbare) Nichtigkeit. Aehnlich verhält es sich bei den §§ 388 S. 2, 925 Abs. 2, 1598 Abs. 2, 1724, 1742, 1768 Abs. 1 S. 2, 1947, 2180 Abs. 2 S. 2, 2202 Abs. 2 S. 2, bei denen es zum Teil heißt, daß die Annahme unter einer Bedingung unwirksam ist. Diese Unwirksamkeit führt ebenso zur Nichtigkeit wie die Tatsache, daß eine Bedingung, die nicht beigesetzt werden „kann", doch beigesetzt wird. Denn die Beisetzung einer Bedingung zu einem „bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäft" verstößt gegen ein gesetzliches Verbot (vgl. Schachian S. 186 Anm. 14 gegen Figge S. 32) und ist deshalb gemäß § 134 BGB. nichtig, wobei dann die Nichtigkeit die ganze Erklärung, der die Bedingung beigesetzt wurde, umfassen würde, sei es, weil es eine einheitliche Erklärung ist, sei es gemäß § 139 BGB. (André S. 24). Freilich hat das Gesetz in diesen Fällen, in denen es mehr darauf ankam, den Inhalt bestimmter Erklärungen zu begrenzen, den Ausdruck „Nichtigkeit" absichtlich vermieden und man wird auch dem ausgesprochenen Verlangen, diese Fälle ausdrücklich unter die Nichtigkeit einzureihen (Enneccerus, Lehrbuch 6. Aufl. 1, 497, Fischer a. a. O. S. 8) nicht beipflichten können. Jedenfalls steht aber das fest, daß, wenn das Gesetz ausspricht, daß ein bestimmtes Handeln nicht erfolgen kann, die trotzdem vorgenommene Handlung regelmäßig nichtig ist (Crome, System 1, 347) und daß die in diesen Fällen und in ähnlichen (vgl. §§ 111, 174, 344, 1253, 1398, 1831, 1950) ausgesprochene Unwirksamkeit der Nichtigkeit sehr nahe steht oder sie mitumfaßt. So erklärt § 344, wenn das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam ansehe, auch die für den Fall der Nichterfüllung vereinbarte Vertragsstrafe für unwirksam; hier kommen die Fälle der Nichtigkeit in erster Linie in Betracht, im I. Entwurf lautete der entsprechende § 424: für unwirksam oder für anfechtbar. Ob aber eine Erklärung, z. B. daß ein Erbschaftsteil angenommen werde, nach § 1950 mit allen Beifügungen als nichtig zu betrachten ist oder nur als unwirksam, mag dahingestellt bleiben. Noch weniger kann schlechthin Nichtigkeit in den Fällen angenommen werden, in denen eine mit „darf nicht" aufgestellte Anordnung übertreten wird; hier handelt es sich meist um die Uebertretung von „Soll"-Vorschriften, die zum Schadensersatz verpflichtet, vgl. §§ 52 Abs. 2, 627 Abs. 2, 671 Abs. 2. So wird jeder Einzelfall geprüft werden müssen; dabei werden sich zahlreiche Fälle finden, in denen das Gesetz Nichtigkeit androhen will, ohne es ausdrücklich auszusprechen. Am meisten tritt dies hervor in § 2298, wonach, wenn in einem Erbvertrage von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen wurden, die Nichtigkeit einer dieser Verfügungen die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge hat, verglichen mit dem ähnlichen § 139, nach dem der nichtige Teil eines Rechtsgeschäfts unter Umständen das ganze Rechtsgeschäft nichtig macht, und mit §§ 2085, 2195 sowie 2161. (Schluß folgt).

Prüfungspflicht des Registerrichters in Geschmacksmustersachen.

Von Oberamtsrichter **Franz Simon** in Augsburg.

Die Vorschrift im § 10 RG. vom 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen (MustG.) bestimmt manchen, der Prüfungspflicht des Registerrichters in Geschmacksmustersachen einen geringeren Umfang beizumessen, als ihr in Wahrheit zukommt. Bei näherer Untersuchung zeigt sich, daß der Registerrichter eine Reihe von formellen und sachlichen Umständen zu prüfen hat, ehe er die Anmeldung und Musterniederlegung oder spätere auf den Musterschutz bezügliche Anträge als zulässig erachten und die Eintragung in das Musterregister vornehmen darf. Läuft beim Amtsgericht, welches das Handelsregister führt (§ 9 MustG., § 125 FGG., Bayer. JMBek. v. 14. Dezember 1899, die Führung des Musterregisters betr. § 1), ein Antrag ein, so ist Folgendes zu berücksichtigen.

I. Bei Neuanmeldungen.

1. Die örtliche Zuständigkeit des angegangenen Registergerichts ist zu prüfen. Zuständig ist zur Entgegennahme der Anmeldung und des Musters, des Modells oder der Abbildung

a) wenn der Anmeldende eine im Inland eingetragene Firma besitzt, das Registergericht seiner Hauptniederlassung, allenfalls einzigen Niederlassung (§ 9 Abs. 2 MustG.); besitzt er im Inlande nur eine Zweigniederlassung, das Registergericht der Zweigniederlassung (§ 9 Abs. 3 MustG.; RGZ. 41, 82; JW. 1909 S. 396);

b) wenn der Anmeldende keine im Inlande eingetragene Firma besitzt, das Registergericht seines Wohnsitzes (§ 9 Abs. 2 und 3 MustG.);[1]

c) wenn der Antragsteller Niederlassung oder Wohnsitz im Inlande nicht hat, das Handelsgericht (Amtsgericht) Leipzig (§ 9 Abs. 3 MustG.).

Erfolgt beim örtlich unzuständigen Registergerichte die Anmeldung, so ist sie zurückzuweisen. Eine Anmeldung und Musterniederlegung beim örtlich unzuständigen Gerichte ist wirkungslos, da die Zuständigkeit des § 9 MustG. ausschließlich ist.[1a]

Das Registergericht hat weiter zu beachten, wer die Anmeldung entgegenzunehmen hat, ob sie bei mündlicher Vornahme vom Registerrichter allein oder auch vom Gerichtsschreiber des Registergerichts zu Protokoll genommen werden kann.

Letzteres ist der Fall, da das Musterregister von den mit der Führung des Handelsregisters beauftragten Gerichtsbehörden geführt wird (§ 9 MustG., § 1 d. ReichsKBek. vom 29. Februar 1876 über die Führung des Musterregisters), für das Musterregister, soweit besondere Bestimmungen nicht getroffen sind, die für das Handelsregister erlassenen Bestimmungen über Anmeldung usw. entsprechende Anwendung finden (s. auch § 8 der oben erwähnten Bayer. JMBek. vom 14. Dezember 1899) und die Anmeldungen zum Handelsregister zu Protokoll des Gerichtsschreibers erfolgen können (§ 128 FGG., § 51 der Bayer. MBek. vom 24. Dezember 1899, die Führung des Handelsregisters betr.).[2]

2. Hinsichtlich der Person des Antragstellers hat der Registerrichter zu prüfen

a) ob der Antragsteller geschäftsfähig ist; — die Anmeldung eines Musters ist ein Rechtsgeschäft, das einer Behörde gegenüber vorzunehmen ist. Geschäftsunfähige können daher nicht anmelden (§§ 104, 105 BGB.), in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte nur nach §§ 106, 107, 111, 114 BGB.;

b) die Persönlichkeit des Antragstellers; sie ist nachzuweisen

α) bei mündlicher Anmeldung: wenn der Antragsteller nicht dem Gerichte bekannt ist, durch einen bekannten und glaubhaften Zeugen (§ 5 der ReichsKBek. vom 29. Februar 1876);

β) bei schriftlicher Anmeldung: durch amtliche Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift des Antragstellers[3] durch eine zur Führung eines öffentlichen Siegels berechtigte Person unter Beidrückung dieses Siegels (§ 5 wie vor). Solche Personen sind z. B. die Notare, die Gerichtsschreiber, wenn sie nach Landesrecht zur Beurkundung und Beglaubigung zuständig sind, die

---

[1]) Auf ausländische Urheber, welche im Deutschen Reiche ihre gewerbliche Niederlassung nicht haben, findet das MustG. keine Anwendung, soweit nicht Staatsverträge anderes bestimmen (§ 16 Abs. 2 und 3 MustG.).

[1a]) Dambach, Musterschutzgesetz § 9 Anm. 2; Allfeld, Komm. zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht, S. 342 § 9 Anm. 2 MustG. §§ 7 und 32 FGG. können hier nicht herangezogen werden. Das Musterregister und dessen Führung gehören zwar zu den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Anmeldung und Niederlegung des Musters sind aber nach §§ 7 und 9 MustG. einem bestimmten Gerichte gegenüber vorzunehmen. Auf Handlungen und Erklärungen, die einem Gerichte gegenüber vorzunehmen sind, bezieht sich § 7 FGG. nicht (s. auch Schneider FGG. § 7 Anm. 1, JW. 1909 S. 396; RGZ. 71, 107). Anmeldung und Niederlegung sind die wesentlichen Erfordernisse zur Erlangung des Musterschutzes. Die Eintragung in das Musterregister ist ein an sich bedeutungsloser Vorgang (§ 7 MustG.; RGSt. Entsch. vom 30. Oktober 1906; BayZfR. Bd. 3 S. 66; Dambach, Musterschutzgesetz § 7 Anm. 4; die Motive zu § 7 MustG. sprechen zwar von der Eintragung als Bedingung des Schutzes. Das Gesetz verlangt aber nur Anmeldung und Niederlegung). Durch die Eintragung in das Musterregister des unzuständigen Gerichts können daher Anmeldung und Niederlegung bei ihm nicht rechtswirksam werden.

[2]) S. Schneider FGG. § 128 Anm. 2; Birkenbihl, FGG. § 128 Anm. 4; anders Rausnitz FGG. § 128 Anm. 5.

[3]) Erfolgt die Anmeldung mit Firmenunterschrift, dann wird die Beglaubigung sich darüber auszusprechen haben, wer die Firmenunterschrift abgegeben hat.

Gemeindebehörden (die Bürgermeister und deren Vertreter), die Polizeikommissäre;

c) die Vertretungsbefugnis der erschienenen Person, wenn sie nicht in eigenem Namen Antrag stellt. Wird für eine Firma[4]) oder Gesellschaft angemeldet, so ist zu untersuchen, ob der Anmeldende der Firmeninhaber oder vertretungsberechtigter Gesellschafter, Geschäftsführer, Vorstand ist. Sind mehrere Vertreter vorhanden, so brauchen nur so viele die Anmeldung vorzunehmen, als zur Vertretung der Gesellschaft nach Gesellschaftsvertrag oder Gesetz ausreichen.

Da die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt,[5]) die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, und Schöpfung von Mustern und Schutzerwerb für sie in einem Geschäfte hierunter fallen, so werden auch der Einzelprokurist, die Gesamtprokuristen, Vorstand und Prokurist (je nachdem sie vertretungsberechtigt sind) Musteranmeldungen für die Firma vornehmen können. — Der Handlungsbevollmächtigte wird in der Regel besonderer Vollmacht bedürfen, da Musteranmeldung in den meisten Fällen nicht eine Rechtshandlung sein wird, die der Betrieb eines Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt.

Meldet ein Bevollmächtigter an — was nach § 13 FGG., § 8 der Bayer. JMBek. vom 14. Dezember 1899, die Führung des Musterregisters betr., § 50 der Bayer. JMBek. vom 24. Dezember 1899, die Führung des Handelsregisters betr., § 12 HGB. zulässig ist —, so wird eine Einzelvollmacht oder eine allgemeine Vollmacht vorzulegen sein, die erkennen läßt, daß sie sich auch auf Geschmacksmuster-Anmeldungen erstreckt. Die Vollmacht wird mindestens die gleiche Form haben müssen wie die schriftliche Anmeldung — Unterschriftsbeglaubigung in der in § 5 der ReichsBek. (siehe I 2 b β) angegebenen Form.[6])

Liegt ein Mangel bei einem der unter a, b, c angegebenen Nachweise vor, ist die Anmeldung zurückzuweisen und die Annahme des Musters zu verweigern, weil dann keine „Anmeldung" i. S. des Gesetzes vorliegt.

3. Zu untersuchen ist weiter, ob die Vorschriften über Inhalt und Form der Anmeldung und Muster-Niederlegung (§ 9 Abs. 4 MustG., §§ 6 ff. der ReichsBek. vom 29. Februar 1876) eingehalten sind,

a) ob es sich um offene oder versiegelte Niederlegung handelt,

b) ob die Muster und Modelle einzeln oder in größerer Zahl in Paketen, offenen oder versiegelten,[6a]) niedergelegt werden,

c) ob bei versiegelter Niederlegung auf dem Paket die Zahl der Muster, die es enthält, angegeben ist und diese Angabe beim einzelnen Paket 50 Muster oder Modelle oder Abbildungen solcher nicht übersteigt,

d) ob das einzelne Paket mit Mustern nicht mehr als 10 kg wiegt,

e) ob die begehrte Dauer der Schutzfrist nach dem Gesetze verlangt werden kann. Zulässig ist einschließlich Ausdehnung jeder Zeitraum von 1 bis zu 15 Jahren, auch Bruchteile über ein Jahr. Bei Bruchteilen über ein Jahr wird jedoch die Gebühr für jedes angefangene Jahr voll berechnet (§ 12 MustG.),

f) ob die Anmeldung die Angabe enthält, ob das Muster oder Modell für Flächenerzeugnisse oder für plastische Erzeugnisse bestimmt ist. Die Anmeldung eines und desselben Musters usw. für Flächenerzeugnisse und für plastische Erzeugnisse ist unzulässig (§ 6 Abs. 2 MustG., § 6 der ReichsBek. vom 29. Februar 1876). Enthält ein Muster plastische und Flächenornamente (z. B. eine eigentümlich geformte Schachtel und ein Bild auf ihr) und sollen beide geschützt werden, dann ist jeder Teil für sich, also die Schachtel als plastisches Erzeugnis, das Bild als Flächenerzeugnis, je unter der betreffenden Niederlegung, anzumelden,[6b])

g) ob an den einzelnen Mustern usw. oder auf jedem Kuvert oder Paket, das die Muster oder Abbildungen enthält, die Fabriknummern oder die Geschäftsnummern angegeben sind, unter welchen die Muster in den Geschäftsbüchern des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers eingetragen sind (ReichsBek. vom 29. Februar 1876 § 7 Abs. 2). Jeder Gegenstand, der sich als einzelnes Muster darstellt, muß eine eigene Nummer haben. Wenn für ein Muster mehrere Bilder (z. B. Aufnahmen von verschiedenen Seiten) übergeben werden, werden sie alle mit der gleichen Geschäftsnummer zu versehen sein,

h) ob das Muster (Modell) oder eine Abbildung niedergelegt wird.

In allen den genannten Fällen ist die Anmeldung zurückzuweisen, wenn es an den vorgeschriebenen Erfordernissen fehlt (z. B. wenn ein nicht versiegeltes Paket als verschlossen niedergelegt werden

[4]) Nach dem der ReichsBek. vom 29. Februar 1876 beigegebenen Formular des Musterregisters als zulässig behandelt.

[5]) Auch ungewöhnlichen und selten vorkommenden, Staub, Komm. z. HGB. § 49 Anm. 1.

[6]) Nachträgliche Vorlegung der vor der Anmeldung erteilten Vollmacht ist statthaft. Nachträglich erteilte Vollmacht macht die Anmeldung nicht wirksam (§ 180 BGB.), kann aber, wenn den übrigen Erfordernissen entsprochen ist, erneute Vornahme der Anmeldung sein (siehe auch Kohler, Musterrecht S. 94). Erklärt der Anmeldende, daß mehrere die Urheber seien, dann müssen sämtliche Miturheber anmelden oder der Anmeldende von den übrigen Miturhebern Vollmacht besitzen.

[6a]) Offene Pakete zulässig, Jahrbuch des Kammergerichts Bd. 32 Abt. B Nr. 1 (Entsch. vom 5. April 1906). Die Zusammenfassung in Pakete kann auch noch vor dem Registergericht erfolgen. — Hinsichtlich der Gebührenbewertung: Niederlegung als Paket nur auf 3 Jahre, dann nur als einzelne Muster.

[6b]) Siehe Allfeld a. a. O. § 6 Anm. 3e S. 333.

soll, die Zahl der Muster oder die Nummern nicht angegeben sind, Zahl und Gewicht überschritten wird, eine nicht zulässige Schutzfrist, Schutz als plastisches und Flächenerzeugnis verlangt wird, nicht das Muster oder eine Abbildung sondern nur eine Beschreibung des zu schützenden Musters hinterlegt werden soll (s. RGZ. 49, 181).

Hat der Anmeldende nicht angegeben, ob das Muster für Flächenerzeugnisse oder für plastische Erzeugnisse bestimmt ist, so ist er zur nachträglichen Beibringung der Erklärung mit dem Bemerken aufzufordern, daß das Muster vor Abgabe dieser Erklärung nicht eingetragen werden könne (§ 6 der ReichsKBek. vom 29. Februar 1876).[6c] Kommt er innerhalb angemessener Frist der Aufforderung nicht nach, dann wird auch hier unter Rücksendung des Musters der Antrag mangels ordnungsmäßiger Anmeldung abzuweisen sein.

4. Daneben ist die Eigenschaft des Angemeldeten als Geschmacksmuster zu prüfen. Der eingereichte Gegenstand muß so geartet sein, daß er den Begriff des Geschmackmusters erfüllen kann. Besteht die Möglichkeit, daß das Angemeldete und Niedergelegte eine gewerbliche Formgestaltung ist, Mustereigenschaft[6d]) hat und einen ästhetischen Zweck verfolgt, bestimmt und geeignet ist den Geschmack, den Formensinn anzuregen, dann kann die Anmeldung nicht zurückgewiesen werden.[7]) Ergibt sich aber aus der Aufschrift des verschlossen eingereichten Musterpakets, aus der Bezeichnung der darin enthaltenen Gegenstände oder bei Besichtigung der als Geschmacksmuster eingereichten Gegenstände sofort klar, daß der Gegenstand der Anmeldung kein Geschmacksmuster ist, so ist die Entgegennahme der Anmeldung abzulehnen. Das ist z. B. der Fall, wenn für reine Naturerzeugnisse, Nahrungs- oder Genußmittel,[8]) ein Verfahren[9]) der Geschmacksmusterschutz begehrt wird, oder wenn für ein Zeichen durch Anmeldung zum Musterregister Markenschutz angestrebt wird.

Begründet ist diese Prüfungspflicht über Wesen und Eigenschaft des angemeldeten Gegenstandes in §§ 7 ff. MustG., wonach eben nur ein Muster oder Modell angemeldet, niedergelegt und eingetragen werden soll.

§ 10 MustG. steht nicht entgegen. Er schließt nur die Prüfung der Berechtigung des Antragstellers als Urheber oder Rechtsnachfolger von solchen und die Prüfung der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen aus. Solche Tatsachen sind Neuheit und Eigentümlichkeit des Musters (§ 1 Abs. 2 MustG.) und Nichtverbreitung eines nach dem Muster gefertigten Erzeugnisses.[10]) Schlechthin alle Umstände, welche bei der Anmeldung vorzubringen sind, hat § 10 MustG. nicht im Auge. Die Motive zu § 10 MustG. (Bd. III S. 79 der Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 1875/76) erwähnen als Grund dafür, daß keine causae cognitio stattfinde, nur, daß das Registergericht nicht mit Privatstreitigkeiten zu behelligen sei. Für Beachtung eines offensichtlichen Nichtmusters und seine Zurückweisung trifft dieser Grund nicht zu.

Schließlich kann es nicht Absicht des Gesetzes sein, daß der Registerrichter wie eine Maschine alles, was der Antragsteller daherbringt, ohne jede Prüfung als Muster entgegennimmt und einträgt.

5. Endlich hat der Registerrichter zu prüfen, ob das Muster nicht nach seiner Art oder Form, durch den dargestellten Gedanken oder in seiner Verwertung die guten Sitten, das Gesetz oder das Recht verletzt. Das MustG. enthält zwar keine ähnliche Bestimmung wie § 1 Abs. 2 Nr. 1 PatG.[11]) oder wie § 4 Nr. 3 WarenZG.[12]), trotzdem sind für den Schutz der Muster und Modelle sowie der Gebrauchsmuster die gleichen Grundsätze maßgebend.[13]) Die Aehnlichkeit der Rechtsgebiete verlangt die gleiche Behandlung. Auch Geschmacksmuster, die Gesetz oder gute Sitten verletzen, können Rechtsschutz nicht erlangen.

Während bei den übrigen Urheberrechtsgesetzen der Schutz regelmäßig mit der Vollendung des Schöpfungsvorgangs gegeben ist und ohne Rücksicht auf Gesetz und Sittenwidrigkeit bestehen kann, ist bei den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht mit der Schöpfung des Musters zwar ein übertragbares Recht vorhanden, der gesetzliche

---

6c) Auch in diesem Falle wird als Zeitpunkt (Tag und Stunde) der Anmeldung erst der Augenblick anzunehmen sein, in dem die geforderte Ergänzung beim zuständigen Amtsgericht einläuft. Erst, wenn dem Gesetze und der auf Grund des § 9 MustG. erlassenen ReichsKBek. vom 29. Februar 1876 entsprochen ist, kann die Anmeldung als gesetzlich zulässig entgegengenommen werden. Das Gleiche wird gelten, wenn der Registerrichter bei sonstigen Mängeln der Anmeldung nachträgliche Beibringung des Fehlenden verlangt und nicht sofort die mangelhafte Anmeldung abweist.

6d) Vorbild für die Form von Industrieerzeugnissen ist.

7) Auch wenn es naheliegt, daß das Muster eher Gebrauchszwecken dient.

8) Siehe Kohler Musterrecht S. 78; RG. 46, 1; Allfeld a. a. O. S. 374.

9) RGEntsch. vom 27. Mai 1905, DJZ. 1905 S. 813, Kohler a. a. O. S. 48 u. 114, oder für etwas, was nicht Gegenstand des Sehens ist. (Jahrbuch von Neumann Bd. 7 S. 1155).

10) Auch diese Frage wird der Registerrichter natürlich dann nicht unbeachtet lassen können, wenn der Anmeldende selbst sagt, ein nach dem Muster gefertigtes Erzeugnis sei schon verbreitet oder das Muster sei nicht neu oder er sei nicht der Urheber oder dessen Rechtsnachfolger.

11) Erfindungen, deren Verwertung den Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufen würde, sind von der Patenterteilung ausgenommen.

12) Die Eintragung in die Zeichenrolle ist zu versagen für Warenzeichen, die Aergernis erregende Darstellungen oder solche Angaben enthalten, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen und die Gefahr einer Täuschung begründen.

13) Für Gebrauchsmuster ähnlich Allfeld, Komm. zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht S. 377 (§ 1 Anm. 6e GebrMustG.), für Gebrauchs- und Geschmacksmuster: Kohler, Musterrecht S. 77 ff.

Schutz, die Ausübung des Rechts nach dem Gesetze ist aber von der mitwirkenden Tätigkeit einer Behörde abhängig: Anmeldung und Eintragung in die Rolle des Patentamts, Anmeldung und Niederlegung des Musters bei Gericht. Die staatliche Behörde kann und darf aber eine Gesetzesverletzung und Sittenwidrigkeit, die durch Erfindungen oder Muster verübt werden, durch Eintragung oder Entgegennahme der Anmeldung nicht unterstützen und darf Gegenständen nicht den Anschein eines Schutzes verschaffen, den sie nicht genießen; am wenigsten dürfen das die Gerichte, die zum Schutze des Rechtes und zur Ausübung der Rechtspflege berufen sind. Es ist daher die Anmeldung von Mustern zurückzuweisen, die Gesetz- und Sittenwidrigkeiten in sich bergen und bei denen diese Eigenschaft infolge offener Uebergabe oder sonstwie vom Registergericht erkannt werden kann. Hierher gehören z. B. Muster, welche eine Gotteslästerung, eine Beleidigung des Kaisers, des Landesherrn, unzüchtige nach § 184 StGB. strafbare Darstellungen usw. enthalten, dann solche, durch welche unlauterer Wettbewerb, strafbare Reklame verübt wird.

Häufig kommt es vor, daß Etiketten, Muster für Packungen angemeldet werden, auf denen die Worte „Marke . . . . gesetzlich geschützt" oder „Unter Nr. . . . gesetzlich geschützt" in einer Weise angebracht sind, daß niemand an den Schutz der Etikette oder Packung denkt, daß vielmehr angenommen wird, eine Marke, ein Warenzeichen oder ein Herstellungsverfahren sei geschützt; das gesetzesunkundige Publikum wird sogar glauben, die mit der Etikette versehene, in der Packung enthaltene Ware genieße wegen besonderer Güte, Reinheit oder Brauchbarkeit gesetzlichen Schutz.[14][15])

In den meisten Fällen dieser Art läßt Inhalt und Anordnung der Aufschrift keinen Zweifel, daß der Antragsteller beabsichtigt, beim Publikum den vorerwähnten Glauben zu erwecken und den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Solche Etiketten und Packungen sind für einen größeren Kreis von Personen bestimmte Mitteilungen. Sie werden — wenn, was regelmäßig der Fall, Zeichen- oder Patentschutz nicht besteht — als unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse im Sinne des § 4 UnlWG. vom 7. Juni 1909 zu erachten sein. Wenn der Tatbestand dieser Vorschrift nicht vollständig erfüllt ist, wird doch häufig eine gegen die guten Sitten verstoßende Irreführung des Publikums vorliegen. Auch bei anderen Fällen von Sittenwidrigkeit, die im Geschmacksmuster oder dessen Verwertung zum Ausdruck kommen, wird die Anmeldung zurückzuweisen sein. Dasselbe Schicksal wird Geschmacksmustern zuteil werden müssen, welche offensichtlich in das Persönlichkeitsrecht eines anderen eingreifen, z. B. dessen Recht am eigenen Bilde, das Namenrecht und das Firmenrecht verletzen.[16])

II. Bei Anträgen auf Verlängerung der Schutzfrist ist zu prüfen:

1. Die örtliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichts. Hat der ursprüngliche Anmelder inzwischen seinen Wohnsitz, seine Hauptniederlassung oder seine Zweigniederlassung (wenn nur eine solche im Inlande bestand) geändert, so bleibt das Registergericht, dessen Zuständigkeit bei der Anmeldung gegeben war, auch für die Entgegennahme und Eintragung des Antrags auf Schutzfristverlängerung zuständig. Der in der freiwilligen Gerichtsbarkeit in anderen Fällen geltende Grundsatz, daß die einmal begründete Zuständigkeit nicht durch die spätere Veränderung der Umstände berührt wird, auf denen sie beruht, wird auch hier anzuwenden sein, da das MustG. keine abweichende Bestimmung hält. Wurde die Neuanmeldung und Niederlegung vom unzuständigen Gerichte entgegengenommen und wird dann eine Verlängerung der Schutzfrist bei diesem beantragt, so ist der Antrag abzuweisen. Da kein Musterschutz besteht (s. oben I 1), kann auch keine Verlängerung verlangt werden.

2. Die Geschäftsfähigkeit, Persönlichkeit und Vertretungsbefugnis des Antragstellers. Hierfür gilt das oben I 2 Gesagte. Hervorgehoben werden soll nur das Folgende:

Auch der Antrag auf Ausdehnung der Schutzfrist sowie jede andere Anmeldung, auf welche eine Eintragung oder ein Vermerk im Register zu erfolgen hat, bedarf bei schriftlicher Einreichung der im § 5 der ReichskBek. vom 29. Februar 1876 vorgeschriebenen Beglaubigung.[17]) Sie sind „Anträge auf Eintragung in das Musterregister" i. S. des genannten § 5. § 5 ist allgemein vorausgeschickt und bezieht sich sowohl auf § 6 wie auf § 9 der ReichskBek. vom 29. Februar 1876. Es kann nicht angeführt werden, die Eintragung der Verlängerung brauche nicht beantragt zu werden. Bei der Neuanmeldung braucht die Eintragung auch nicht beantragt zu werden. Der Eintrag erfolgt auch hier von Amts wegen. Es genügt die Anmeldung und Niederlegung des Musters[18])

---

[14]) Z. B. „Eiernudeln, Marke Augusta, gesetzlich geschützt", darunter oder um die Worte ein bildlicher Schmuck und vielleicht eine Anpreisung der Nudeln, oder „Weinessig, reines Gärungsprodukt, Marke Asta unter Nr. . . . gesetzlich geschützt" und daran anschließend eine Anpreisung des Weinessigs unter Hinweis auf das Gutachten eines Chemikers.

[15]) S. Beschl. des LG. Augsburg vom 17. Oktober 1912 (HR. 5/1912).

[16]) Vgl. hierzu SeuffA. Bd. 66 Nr. 110; Recht 1907 S. 500; BayZfR. 1909 S. 79 und 99 ff.; § 12 BGB.; § 29, 37 II HGB.; § 16 UnlWG.

[17]) Anderer Ansicht KG.Entsch. vom 3. Mai 1912 (s. RJA. Bd. XII S. 122 ff.).

[18]) Wenn daneben die sachlichen Voraussetzungen vorliegen, daß das Muster neu und eigentümlich, ein hiernach gefertigtes Erzeugnis noch nicht verbreitet ist, daß der Anmeldende der Urheber oder dessen Rechtsnachfolger ist, und das Registergericht die Anmeldung und Niederlegung für zulässig erachtet. Zur Erhaltung

zur Erlangung des Schutzes. Der Schutz tritt ebenso wie die Ausdehnung der Schutzfrist ein, auch wenn die Eintragung nicht stattfände.[19]) — Wegen der Oeffentlichkeit des Musterregisters hat der Anmeldende an der Eintragung in beiden Fällen das gleiche Interesse. — Die Beglaubigung hat den Zweck, die Person des Antragstellers außer Zweifel zu stellen. Das Bedürfnis hiernach besteht auch bei dem Antrage auf Schutzfristausdehnung. Es ist nicht einzusehen, warum nur bei der Neuanmeldung, nicht aber bei anderen Anträgen Beglaubigung notwendig sein soll. Auch sonst bedürfen alle Anmeldungen zum Registergericht (z. Handelsregister, Genossenschaftsregister, Vereinsregister, Güterrechtsregister) der Beglaubigung. Dieser immer wieder ausgedrückte Grundsatz spricht ebenfalls für meine Auslegung des § 5 der ReichsfBek. vom 29. Februar 1876.

Ein nicht beglaubigter Antrag auf Ausdehnung der Schutzfrist ist daher abzuweisen, auch wenn dadurch das Recht verloren gehen sollte, Verlängerung zu verlangen. Hat Uebergang des Rechts des Urhebers stattgefunden und beantragt der Rechtsnachfolger die Ausdehnung der Schutzfrist, so hat sich der Antragsteller durch Erbschein, Vorlegung einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen Verfügung oder durch Nachweis des Vertrags betreffend die Uebertragung des Urheberrechts als Berechtigter auszuweisen, denn Veränderungen in der Person des Rechtsinhabers brauchen nicht zum Musterregister angemeldet und eingetragen zu werden. Für das Registergericht gilt zunächst der eingetragene ursprünglich Anmeldende als Berechtigter (s. außerdem unter III 3).

Ist das Muster für eine Firma eingetragen, so wird man zwar bei Veräußerung des Geschäfts mit der Firma annehmen müssen, daß das Musterrecht mit veräußert ist; doch ist es ratsam denjenigen, der zur Zeit der Anmeldung und Niederlegung Firmeninhaber war, über den Rechtsübergang einzuvernehmen.

Die Verlängerung der Schutzfrist ist bekannt zu machen (§ 9 Abs. 6 MustG., § 9 Abs. 2 der ReichsfBek. vom 29. Februar 1876).

Der Registerrichter muß sich dabei schlüssig machen, ob er die Verlängerung für den Eingetragenen oder den anmeldenden Rechtsnachfolger bekannt zu machen hat. Nach dem Musterbeispiel der ReichsfBek. vom 29. Februar 1876 ist auszuschreiben:

„In das Musterregister ist eingetragen: bei Nr. . . . N. N. hat für das unter Nr. . . . eingetragene . . . . . muster die Verlängerung der Schutzfrist bis auf . . . Jahre angemeldet."

Da die Bekanntmachung der Wahrheit entsprechen muß, so ist die Person des Erwerbers, der anmeldet, und hiermit die Uebertragung des Musterrechts zu veröffentlichen. Weil grundsätzlich nur Eingetragenes zu veröffentlichen ist, so wird auch im Register ein Vermerk über die Uebertragung des Musterrechts zu machen sein. Im Antrag des **Rechtsnachfolgers** auf Verlängerung der Schutzfrist wird der Antrag auf Vermerk des Rechtsübergangs im Musterregister liegen. Die Spalte „Bemerkungen" ist die geeignete Stelle des Registers, in die der Vermerk aufzunehmen ist.

Verhalten des Registergerichts gegenüber Anträgen von **Pfandgläubigern** auf Ausdehnung der Schutzfrist siehe unten VI und VII.

3. Die Frage, ob die begehrte Ausdehnung der Schutzfrist zulässig ist. Nach § 8 MustG. wird der Schutz 1 bis 3 Jahre vom Tage der Anmeldung an gewährt. Ausdehnung auf höchstens 15 Jahre kann stattfinden. Die Ausdehnung der Schutzfrist kann bei der Anmeldung, bei Ablauf der dreijährigen und bei Ablauf der zehnjährigen Schutzfrist verlangt werden. Nach dem Wortlaute des § 8 MustG. können daher zweifellos folgende Verlängerungen begehrt werden:

a) bei Anmeldung: Jede Ausdehnung über die regelmäßige dreijährige Frist bis zu einer Gesamtschutzfrist (einschließlich der dreijährigen) von 15 Jahren;

b) bei Ablauf der bei der Anmeldung verlangten dreijährigen Schutzfrist: Verlängerung um jeden Zeitraum bis um höchstens 12 Jahre, also bis auf eine Gesamtschutzfrist von höchstens 15 Jahren;

c) bei Ablauf der bei der Anmeldung über die regelmäßige dreijährige Schutzfrist hinaus auf zusammen 10 Jahre gewährten Schutzfrist: Verlängerung um jeden Zeitraum bis um höchstens 5 Jahre, also bis auf eine Gesamtschutzfrist von höchstens 15 Jahren;

d) bei Ablauf der Schutzfrist, die bei Ablauf der dreijährigen Frist bereits auf 10 Jahre verlängert worden ist: Ausdehnung um jeden Zeitraum bis um höchstens 5 Jahre, also auf eine Gesamtschutzfrist von höchstens 15 Jahren.

Die genannten Fälle finden im Gesetze ohne weiteres ihre Rechtfertigung. Die zweimalige Verlängerung (d) ist nach dem Gesetze zulässig, weil sie im Einklang steht mit den für die Gebührenabstufung bestehenden Zeiträumen und weil das Gesetz nicht sagt, daß die ursprünglich begehrte Schutzfrist nur einmal verlängert werden dürfe.

Das Reichsgericht (RGZ. 46 S. 93 ff.) erachtet mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte der Verlängerungszeitpunkte[20]) die Ausdehnung zu anderen

---

des Schutzes gehört noch Verfertigung der nach den Mustern hergestellten Erzeugnisse im **Inlande** (§ 16 Abs. 3 MustG.).

[19]) S. auch Allfeld, Komm. zu d. Ges. über das gewerbliche Urheberrecht Anm. 2 zu § 13 MustG. S. 348 und oben Anm. 1a.

[20]) Genannte Entscheidung erwähnt hier den Antrag zu dem Bericht der X. Kommission über den Entwurf (Nr. 98 und 106 der Drucksachen des Reichstags II. Legislaturperiode 3. Session 1875). Die Bestimmung über die Verlängerungszeitpunkte ist auf Initiative des

Zeitpunkten, z. B. bei Ablauf einer ursprünglich auf 6 Jahre verlangten Schutzfrist für unzulässig. Durch das Gesetz seien in völlig abschließender Weise die Zeitpunkte bestimmt, zu welchen eine Ausdehnung und eine weitere Ausdehnung der Schutzfrist nachgesucht werden könnten. Der Annahme, daß bei Erlaß der Bestimmung niemand an abweichende Fälle gedacht habe, mangele jeder Anhalt.

Ob dies richtig ist, ist fraglich. Es scheint vielmehr im Reichstage nicht an alle Fälle gedacht worden zu sein, welche der Wortlaut des Gesetzes zuläßt und welche er ausschließt. Der Beisatz über die Verlängerungszeitpunkte ist im Verhältnis zu den übrigen Bestimmungen über die Ausdehnung der Schutzfrist zu eng gefaßt und dürfte dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht werden. Ist doch z. B. kein Zeitpunkt zur Verlängerung für den Fall vorgesehen, daß bei der Anmeldung eine Schutzfrist von ein oder zwei Jahren begehrt wurde. Die Worte des § 8 Abs. 1 MustG., daß der Schutz ein bis drei Jahre nach Wahl des Urhebers gewährt werden kann, sagen nicht, daß, wenn der Urheber die Wahl auf ein Jahr ausgeübt hat, er noch Verlängerung auf drei Jahre verlangen kann. Gleichwohl ist anzunehmen, daß auch bei Ablauf dieser kürzeren Frist eine Verlängerung nach dem Gesetze nicht ausgeschlossen sein sollte, denn die Gründe, die den Beisatz über die Verlängerungszeitpunkte veranlaßt haben, treffen bei diesem Fall nicht zu.[21]) In der Praxis wurde auch zugelassen, daß eine ursprünglich dreijährige Frist mehrmals, immer wieder bei Ablauf einer weiteren dreijährigen Frist um drei Jahre verlängert wurde.[22]) Jedenfalls sind die Gründe nebensächlich, die für die im Gesetze hervorgehobenen Verlängerungszeitpunkte angeführt werden. Die Bedürfnisse des Handels und Verkehrs drängen zu kurzen Fristen und zur Möglichkeit der Verlängerung bei Ablauf, weil sich nicht voraussehen läßt, wie lange ein Muster zugkräftig bleibt. Eine Abänderung des Gesetzes oder ausdehnende Auslegung in der Rechtsprechung sollten diesen Bedürfnissen Rechnung tragen.

Solange aber die oberen Gerichte[23]) am Wortlaute des Gesetzes festhalten, wird der Registerrichter ihrer Gesetzesauslegung folgen müssen. Die Entgegennahme des Antrags und die Eintragung der Verlängerung haben keine rechtschaffende Wirkung. Die Verlängerung der Schutzfrist tritt, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, kraft Gesetzes, nicht infolge richterlicher Verfügung ein.[24]) Das erkennende Gericht entscheidet erst, ob im einzelnen Fall Musterschutz besteht, wenn er bestritten wird. Es ist daher dem Antragsteller nicht gedient, wenn der Registerrichter den Bestimmungen über Ausdehnung der Schutzfrist eine weitergehende Auslegung gibt als die Obergerichte und Verlängerungsanträge zuläßt, deren Zulässigkeit diese Gerichte verneinen.

Anträge auf Ausdehnung der Schutzfrist, die nach den gesetzlichen Verlängerungszeitpunkten gestellt werden, sind abzuweisen. Rechtzeitig gestellt ist der Antrag, wenn er bei dem Amtsgerichte, das Registergericht ist, an dem Tage einläuft, mit dessen Ausgang die Schutzfrist endigt.[25])

4. Die Zahlung der Gebühr für die Ausdehnung der Schutzfrist. Zur Erlangung des Schutzes ist nach § 7 MustG. nur Anmeldung und Niederlegung verlangt, aber nicht bloß die Tatsache des Schutzbegehrens und die tatsächliche Niederlegung des Musters, sondern auch die Entgegennahme der Anmeldung und Niederlegung durch das Registergericht. Das Registergericht muß von der Anmeldung Kenntnis nehmen, sie auf die Erfüllung der vom Register-

---

Reichstags in das Gesetz aufgenommen worden. Die Aufnahme erfolgte, um die Schutzfrist in organische Verbindung mit den Gebühren zu bringen und damit nicht jemand die zuerst beantragte Frist zu häufig, etwa 14mal, verlängern lassen könne. Letzteres sei ungebührlich und mache auch das Musterregister unübersichtlich. (Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 1875—1876 Bd. 1 S. 611, Bd. 3 S. 386).

[21]) In der Literatur (Dambach, Musterschutzgesetz § 8 Anm. 3, Allfeld a. a. O. § 8 Anm. 3 S. 341) wird auch in diesem Falle die Ausdehnung zugelassen. Die Verlängerung bis zu drei Jahren, wenn zunächst nur eine kürzere Frist begehrt wurde, kann nach Dambach und Allfeld bis zu deren Ablauf in jedem Augenblick verlangt werden. Der Abgeordnete, welcher den Abs. 3 des § 8 beantragt hat, hat selbst die Verlängerung in den ersten drei Jahren im Auge gehabt. Denn er sagt, wenn sein Antrag angenommen werde, könne die Frist fünfmal verlängert werden, nämlich in den ersten drei Jahren jedes Jahr, dann beim Ablaufe des dritten Jahres und dann beim Ablaufe des zehnten Jahres. (Stenogr. Bericht 1875/76 Bd. I S. 611). Daß dies nur eine viermalige Verlängerung bedeutet, hat er übersehen. Daß das Gesetz mit § 8 Abs. 1 eine Frist auf Bruchteile über ein Jahr nicht ausschließt, hat er dabei auch nicht berücksichtigt (s. a. Dambach a. a. O. § 8 Note 4, Allfeld a. a. O. § 8 Note 2).

[22]) Dem Wortlaute des Gesetzes dürfte es nicht widerstreiten, wenn eine ursprünglich auf länger als drei Jahre, z. B. sechs Jahre begehrte und eingetragene Schutzfrist bei Ablauf von drei Jahren nach der Anmeldung über die sechs Jahre hinaus etwa bis auf im ganzen zehn Jahre verlangt wird. Aehnlich wird bei Ablauf der zehnjährigen Frist Verlängerung einer vorher über zehn Jahre hinaus erlangten Schutzfrist bis zur gesetzlichen Höhe von fünfzehn Jahren begehrt werden können.

[23]) RGZ. 46 S. 93 ff., OLG. Karlsruhe Entsch. vom 10. März 1903, s. Recht 1903 S. 459 Nr. 240.

[24]) Der Grundsatz der §§ 1, 7, 10 MustG. ist nach Geist und Anlage des Gesetzes auf die Verlängerung der Schutzfrist analog anzuwenden; siehe auch RGZ. 46 S. 93 ff.

[25]) Die Schutzfrist endigt mit Ablauf des Tages des letzten Monats, welcher seiner Zahl nach dem Tage der Anmeldung entspricht (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB.). Gegebenenfalls finden §§ 188 Abs. 3 und 189 BGB. Anwendung. Ist der letzte Tag ein Sonntag oder Feiertag, dann wird dem Verlängerungsantrag auch die Bestimmung des § 193 BGB. zugute kommen. — Erheblich früher einlaufende Anträge werden als verfrüht zurückzugeben sein. Sonstige vorzeitig eingelaufene Anträge werden (abgesehen von der Zahlung der Gebühr siehe II 4) wirksam sein, wenn sie bei Ablauf der Schutzfrist noch bestehen.

gericht zu beobachtenden Erfordernisse (siehe oben I) prüfen und sich schlüssig machen, ob die Anmeldung zulässig oder abzuweisen ist.[26])

Ebenso ist es bei dem Antrage auf Verlängerung der Schutzfrist. Auch hier gehört zur Wirksamkeit des Antrags, daß das Registergericht nach Prüfung der gesetzlichen Erfordernisse den Antrag für zulässig erachtet.

Gesetzliches Erfordernis für den Verlängerungsantrag ist — außer ordnungsmäßiger ursprünglicher Anmeldung und Niederlegung (s. am Schlusse bei „Oeffnung der Musterpakete"), und Einhaltung des gesetzlichen Zeitpunkts zur Antragstellung sowie Ordnungsmäßigkeit des Ausdehnungsantrags selbst (II 1 und 2) — die Zahlung der Gebühr. Wenn die Gebühr auch nicht als Entgelt für den Schutz, sondern für die mit der Einregistrierung und Aufbewahrung verknüpfte Mühewaltung entrichtet wird (Motive zu § 11 des Entw.; Sten. Ber. über die Verhandlungen des Reichstags 1875 bis 1876 Bd. 1 S. 610 und Bd. 3 S. 79), so ist in § 8 des Gesetzes doch vorgesehen, daß gegen Zahlung der gesetzlich bestimmten Gebühr die Ausdehnung der Schutzfrist verlangt werden kann. Dieser Gesetzesstelle läßt sich auch unter Heranziehung des § 12 MustG. kein anderer Sinn geben, als daß die Verlängerung der Frist eben nur beansprucht werden kann, wenn gleichzeitig die Gebühr bezahlt wird.[27]) Wer nicht zahlt, ist nicht berechtigt zu verlangen. Die Wirksamkeit des Ausdehnungsantrags ist also von der Zahlung der Gebühr abhängig. Die Kehrseite dieser Einschränkung ist die Befugnis des Registergerichts die Zulassung des Antrags von der Zahlung der Gebühr abhängig zu machen.[28]) Wird die Gebühr dann nicht alsbald bezahlt, so ist der Verlängerungsantrag abzuweisen.

Bei Anmeldung und Niederlegung mehrerer Muster in Paketen kann selbstverständlich die Verlängerung der Schutzfrist auch nur für einzelne der niedergelegten Muster begehrt werden. Der Antrag auf Beschränkung der Schutzfrist kommt dem Verzicht auf das Schutzrecht gleich. Letzteres siehe unter IV. (Schluß folgt).

---

[26]) Der gesetzliche Schutz wird nicht erlangt, wenn das Registergericht die mitwirkende Tätigkeit verweigert, weil es die Erfordernisse der Anmeldung und Niederlegung nicht erfüllt erachtet. Der Antragsteller muß ihn sich im Wege der Beschwerde erst erwirken (siehe unten VIII [30]).

[27]) S. hiefür RGEntsch. vom 19. Juli 1905 (Recht 1906 S. 76 Nr. 140; RJA. Bd. VI S. 122); ObLGZ. vom 16. Oktober 1901 (Samml. Bd. II S. 625); dagegen RGZ. 46, 93 ff. am Schlusse.

[28]) Die Bayer. MBek. vom 23. März 1900 (JMBl. 1900 S. 613) ordnet an: Wird eine Verlängerung der Schutzfrist beantragt, so ist die Eintragung in das Musterregister von der vorherigen Einzahlung der Gebühr abhängig zu machen. Aehnlich PreußMBO. vom 21. Februar 1900.

Ueber Strafvollstreckung.

Von Edmund Jumian, Amtsrichter in Straubing.

(Schluß.)

VI. Strafzeitberechnung. Gewöhnlich ist die Berechnung nur eine Addition. Einfach ist auch die Berechnung bei Strafunterbrechungen, wo für den Rest der Zeitpunkt des ursprünglichen Beginns, d. h. die Gesamtdauer maßgebend bleibt, welche sich bei ununterbrochener Vollstreckung vom Tag des ursprünglichen Beginns an berechnet hätte (OLG. M. 2, 561). In dem hier behandelten Fall hatte A 1 Mt. Gefängnis und 10 Tg. Haft zu erstehen; er trat die Strafe am 9. Februar 1883 vorm. 6 1/2 Uhr an; am 27. Februar 1883 nachm. 2 1/2 Uhr erfolgte die Strafunterbrechung und am 19. August 1883 vorm. 8 1/2 Uhr der Antritt des Restes. Die Gefängnisstrafe wäre verbüßt gewesen am 9. März 1883 vorm. 6 1/2 Uhr. Die Zeit bis dorthin beträgt kalendermäßig 28 Tg. Davon waren verbüßt 18 Tg. und 8 Std., so daß die noch zu verbüßende Dauer 9 Tg. 16 Std. ausmachte. Das Strafende fiel sonach auf 29. August 1883 morgens 12 1/2 Uhr (nicht 28. August, wie die Entscheidung versehentlich angibt).

Das Schreckensgespenst ist die Berechnung der Strafzeit bei Gesamtstrafen. Uebereinstimmend wird anerkannt, daß die Einzelstrafen in einem Urteile, das mehrere Straftaten behandelt und gemäß § 74 StGB. eine Gesamtstrafe ausspricht, für sich nicht vollstreckt werden können, weil sie keine Selbständigkeit besitzen. Wird daher ein solches Urteil auch nur teilweise angefochten, so ist eine Vollstreckung im übrigen nicht möglich; das gleiche gilt bei teilweiser Unterwerfung (BayObLG. 3, 51; 5, 213; 10, 70; RGRspr. 2, 187; Entsch. 25, 309).[5])

Dagegen ist unrichtig, anzunehmen, daß eine früher erkannte Strafe (Einzel- oder Gesamtstrafe), die nach § 79 StGB. oder § 492 StPO. zur Bildung einer Gesamtstrafe verwendet wurde, bis zur Rechtskraft des späteren Urteils oder Beschlusses nicht vollstreckt werden dürfe. Die Ueberschrift, unter der die Entscheidung des ObLG. vom 12. Januar 1905 (Amtl. Sammlung 5, 213) in BayZfR. 1905 S. 109 mitgeteilt wird, sagt zuviel. In jener Entscheidung ist die Rede nur von Einzelstrafen eines Urteils, die in diesem selbst gebildet wurden. Steht die Bildung einer Gesamtstrafe in Aussicht, so kann es unter Umständen angezeigt sein, die Vollstreckung der Einzelstrafe aufzuschieben; dagegen muß eine begonnene Strafvollstreckung nicht unterbrochen werden (RGRspr. 5, 133, Autogr. JME. vom 25. Januar 1907 Nr. 46369). Schwierigkeiten können entstehen, wenn gegen einen Strafgefangenen eine Gesamtstrafe zu bilden ist, das Urteil aber erst nach Verbüßung der Einzelstrafe rechtskräftig wird. Gegen A wurden z. B. rechtskräftig 3 Wochen

---

[5]) Vgl. jedoch auch RG. in GoltdArch. 56, 339 und die Begründung zu RG. 39, 275 f. (Anm. des Herausgebers).



Gefängnis erkannt, die er seit 1. Januar 1913 vorm. 8 Uhr verbüßt. Am 18. Januar 1913 wird er wegen einer anderen Straftat unter Einbeziehung jener ersten Strafe zur Gesamtgefängnisstrafe von 4 Wochen verurteilt. Der Amtsanwalt verzichtet auf ein Rechtsmittel, der Angeklagte unterwirft sich, ist aber minderjährig; das Urteil wird erst mit dem Ablaufe des 25. Januar 1913 rechtskräftig. Die 3 Wochen Gefängnis endeten aber bereits am 22. Januar 1913 vorm. 8 Uhr. Besteht Fluchtverdacht, so ist mit einem Haftbefehl abgeholfen, der sich an die Vollstreckung der ersten Strafe anschließt. Die Untersuchungshaft wird nach § 482 StPO. angerechnet. Das Ergebnis entspricht also der regelmäßigen Abwickelung.

Beträgt die Gesamtstrafe weniger als der Zeitraum vom Antritt der ersten Strafe bis zum Eintritt der Rechtskraft des späteren Urteils, so ist der Verurteilte freizulassen. Angenommen z. B. das Urteil vom 18. Januar 1913 spräche eine Gesamtstrafe von 23 Tagen aus; das Strafende fiele dann auf den 24. Januar 1913 vormittags 8 Uhr, während das zweite Urteil erst am 25. Januar 1913 nachts 12 rechtskräftig wird. Hier müßte A am 24. Januar 1913 vorm. 8 Uhr freigelassen werden. Liegen die Voraussetzungen für die Verhaftung nicht vor, so muß in Fällen solcher Art die Entlassung mit Ende der ersten Strafe erfolgen und der noch nicht verbüßte Teil der Gesamtstrafe nachträglich vollstreckt werden.

Das die Gesamtstrafe aussprechende Urteil wird durch die inzwischen erfolgte Verbüßung der ersten Strafe nicht berührt, weil für die Anwendung des § 79 StGB. der Tag der Verkündung des letzten Urteils, nicht aber dessen Rechtskraft maßgibt (RGE. 32, 8).

Für den Strafort kommt es nicht darauf an, zu welcher Strafe jemand verurteilt wird, sondern welche Strafe er noch zu erstehen hat. A hat z. B. 2 Monat Gefängnis erhalten, die er seit 1. Januar 1913 vorm. 8 Uhr verbüßt. Mit Urteil vom 20. Februar wird unter Einbeziehung dieser Strafe auf eine Gesamtgefängnisstrafe von 4 Monaten erkannt, die an sich in einer Strafanstalt zu vollziehen wäre. Infolge Rechtmittelverzicht ist das Urteil sogleich rechtskräftig. Nun ist aber nur mehr ein Strafrest zu vollstrecken, der weniger als 3 Monate beträgt, daher in einem Gerichtsgefängnis zu verbüßen ist (vgl. Art. 23 ff. AG. StPO., s. a. die Bek. v. 28. Januar 1903, JMBl. S. 42).

Die bis zur Rechtskraft des letzten Urteils verbüßte Strafe ist abzuziehen, allenfalls nach Umwandlung (§ 21 StGB.), wenn das spätere Urteil eine höhere Strafart ausspricht. Diese Anordnung soll das Urteil bereits enthalten, ob im verfügenden Teile oder in den Gründen, ist gleichgültig (bestritten). Die Anordnung wird sich indes nicht darauf erstrecken, daß die bis dorthin verbüßte Strafe tatsächlich umgewandelt und abgerechnet wird, sondern, daß z. B. ausgesprochen wird, „die bis zum Eintritte der Rechtskraft verbüßte, gemäß § 21 StGB. in Zuchthaus umzuwandelnde Gefängnisstrafe ist abzurechnen" (RGRspr. 5, 132). Enthält das Urteil einen solchen Ausspruch nicht, so darf der Vollstreckungsbeamte selbstverständlich nicht darüber hinweggehen (BayObLG. 2, 186; 1, 114; RG. Entsch. 2, 198; 8, 63; Rspr. 5, 130; 8, 4).

Die Berechnung der Strafzeit selbst ist sehr umstritten.

1. Das bayer. Oberste Landesgericht geht davon aus, daß die Strafvollstreckung nur auf Grund eines rechtskräftigen Entscheids stattfinden könne, daher der Beginn des Vollzugs der Gesamtstrafe auf einen anderen Zeitpunkt als den der Rechtskraft des letzten Urteils nicht verlegt werden dürfe. Darnach ist

a) die gesamte Strafzeit vom Eintritt der Rechtskraft des letzten Urteils ab festzusetzen,

b) die bisher verbüßte Strafe nach Tagen und Tagesbruchteilen zu berechnen,

c) der nach b gewonnene Betrag vom berechneten Strafende zurückzurechnen, allenfalls nach Umwandlung gemäß § 21 StGB.

Daraus ergibt sich das Strafende. (OLG. M. 2, 415; BayObLG. 2, 186; 3, 91; 4, 4 und die dort. Zit.; 7, 200; 9, 267, 273).

2. Nach dem Reichsgerichte ist die Strafe als einheitlich zu betrachten und soll deshalb auch der Vollzug so in die Erscheinung treten; wie die Einzelstrafe in die Gesamtstrafe, so geht der Vollzug der Einzelstrafe in die Vollstreckung der Gesamtstrafe über.

Hiernach wird der Beginn der Gesamtstrafe auf den Strafantritt verlegt (s. Gerichtssaal 65, 32; BlfRA. 70, 471; BayZfR. 1906, 80; 1905, 304).

Die Berechnung des BayObLG. ist umständlicher und bringt unerfreuliche Ueberraschungen mit sich, so daß der Praktiker sie nicht ungern scheiden sähe. Sie ist aber logisch und im Gesetze begründet (§ 481 StPO.).

Auch bei der Strafzeitberechnung nach den Grundsätzen des RG.s sind Schwierigkeiten nicht zu vermeiden; so wenn „der Ueberleitung des Strafvollzugs" der Umstand entgegensteht, daß die Einzelstrafe verbüßt ist, ehe das letzte Urteil rechtskräftig wird, oder wenn dies eine höhere Strafart ausspricht.

VII. Untersuchungshaft. Als Untersuchungshaft (= UH.) im weitesten Sinn wird bezeichnet die Freiheitsentziehung, die „aus Anlaß einer präsumptiv verübten strafbaren Handlung gegen den Urheber derselben zum Zwecke und während der Untersuchung von der dazu berufenen Behörde ins Werk gesetzt ist", gleichviel ob ein Haftbefehl vorliegt oder nicht (Oppenhoff Note 1 zu § 60 StGB., BayObLG. 2, 193).

Den Kern bildet die UH. nach §§ 112—126 StPO. Aber auch sie interessiert hier nur soweit, als sie mit Fragen der Strafvollstreckung zusammenhängt.

Für diese Haft ist Voraussetzung ein Haftbefehl; er wird auch bei Ueberweisung an die Landespolizeibehörde nicht überflüssig (OLG. M. 7, 424; BayZfR. 1907 S. 365).

Der Haftbefehl wird entweder in Abwesenheit des Beschuldigten erlassen und ist dann zuzustellen (§ 35 Abs. 2 StPO.) oder in seiner Anwesenheit und ist dann zu verkünden (§ 35 Abs. 1 StPO.). Auf Bekanntgabe kann verzichtet werden, da die Gründe, welche für den Ausschluß eines solchen Verzichts in anderen Fällen sprechen — vgl. z. B. RG. Rspr. 1, 118; Entsch. 31, 398 —, hier nicht zutreffen. Ein Verzicht auf Verkündung ist allerdings nicht recht denkbar.

Die Wirksamkeit der Verhaftung hängt von ordnungsmäßiger Bekanntmachung nicht ab (RG. Rspr. 8, 424).

Die Vollstreckung besteht in einer Freiheitsentziehung besonderer Art (§ 116 StPO.). Der Beginn der UH. richtet sich nach der behördlichen Verfügung (Invollzugsetzung) in Verbindung mit der tatsächlichen Verwahrung als Untersuchungsgefangener. Bei Ergreifung auf Grund eines bereits erlassenen Haftbefehls (Steckbriefs) beginnt die UH. mit diesem Zeitpunkt.

Vielfach besteht die Uebung, andere Gerichte um „Vollstreckung" eines Haftbefehls zu ersuchen. Dies ist nicht richtig. Die Vollstreckung kann ohne weiteres unmittelbar veranlaßt werden (§§ 36, 159, 187 StPO.). Die Bekanntgabe aber ist nicht Gegenstand gerichtlicher Rechtshilfe (RG. 26, 338).

Grundsätzlich ist nicht ausgeschlossen, daß mehrere Haftbefehle nebeneinander vollstreckt werden. Dies widerspricht aber dem Sinne des Gesetzes. Findet eine Verwahrung bereits statt, so ist keine Flucht oder Kollusionsgefahr mehr gegeben. Praktisch führt dies auch zu Unzuträglichkeiten. Angenommen, es seien die in mehreren Strafverfahren erlassenen Haftbefehle gleichzeitig vollstreckt und der Angeklagte in jedem dieser Verfahren verurteilt worden; wie steht es nun mit der Reihenfolge des Strafvollzugs? Es liegt die Gefahr doppelter Anrechnung der UH. nach § 60 StGB. nahe. Die Praxis hat sich daher meist für den Anschlußhaftbefehl entschieden.

Bei Verbindung von Strafverfahren ist wegen der einzelnen Handlungen nur ein (gemeinsamer) Haftbefehl zulässig. Er muß sich aber nicht auf alle Handlungen erstrecken; so können bei einzelnen die Voraussetzungen fehlen (vgl. § 113 StPO.). Die gegenteilige Anschauung würde z. B. im Falle des § 126 StPO. zur unmittelbaren Gesetzesumgehung führen; man dürfte nur wegen der einzelnen Handlungen gesonderte, im Anschluß aneinander vollziehbare Haftbefehle erlassen. Anders, wenn erst später die Anschuldigung wegen einer weiteren Tat hinzutritt und die Verfahren verbunden werden. Umfaßt ein solcher gemeinsamer Haftbefehl Straftaten verschiedener Qualifikation, so ist bei Ablauf der Frist des § 126 StPO. hinsichtlich eines Teils eine teilweise Aufhebung nicht nötig; sie wird in der Praxis auch nicht geübt.[6])

Daß UH. und Strafhaft nicht nebeneinander vollzogen werden können, ergibt sich aus der Verschiedenheit beider. Die Abgrenzung beider gegeneinander richtet sich nach der Willensäußerung der beteiligten Behörden und den auf Grund dieser getroffenen Anordnungen. Solange eine Willenskundgebung der zuständigen Behörde nicht vorliegt, bleibt der bisherige Zustand. Auf die Form der Kundgabe kommt es nicht an (OLG. M. 7, 426; 3, 142; 2, 403).

Jedoch ist eine zweifelhafte Erklärung zur Unterbrechung nicht zureichend; es genügt auch nicht die bloße Erklärung, daß von einem gewissen Zeitpunkt an die UH. als Strafhaft zu gelten habe und umgekehrt (OLG. M. 1, 135).

Die Entscheidung in Rspr. 2, 456, der auch Löwe folgt, ist nicht annehmbar. Nicht darauf kommt es an, daß der Wille der zuständigen Behörde auf Aufrechterhaltung des Zustandes bewiesen werden müsse. Vielmehr muß er angenommen werden, solange sich nicht das Gegenteil ergibt (OLG. M. 1, 268; 2, 392). Die von Löwe angeführten Entscheidungen des OLG. M. 3, 142, 579; 7, 424 sprechen **nicht** für die dort vertretene Anschauung. Die Entsch. 3, 579 trifft überhaupt nicht zu. Die beiden anderen nehmen aber zur Grundlage, daß der Wille der zuständigen Behörde auf Unterbrechung der bisherigen Haft gehe. Dasselbe gilt für die Abgrenzung mehrerer Haftbefehle gegeneinander. Daraus ergibt sich, daß dann, wenn eine Strafe vollstreckt werden soll, die laufende UH. unterbrochen werden muß, außer es handelt sich um die in derselben Sache verhängte Haft (BayObLG. 7, 352). Wird die Strafe ohne diese Anordnung vollstreckt, so gilt dies trotzdem als Strafverbüßung (BayObLG. 5, 248); im Zweifelsfall ist die dem Angeklagten günstigste Auslegung zu wählen.

VIII. **Zur Anwendung des § 60 StGB.** Der Begriff der UH. ist im vorigen Abschnitt besprochen worden; darnach ist anrechnungsfähig die Freiheitsentziehung, welche gegen den Beschuldigten durch eine zur Strafverfolgung berufene Behörde zwecks Förderung der Untersuchung verhängt wird (OLG. M. 10, 153).

Sonach ist nicht nur anrechnungsfähig die UH. der §§ 112—126, 128 StPO., sondern auch die der §§ 229, 235, 370 a. a. O. und die Zeit der Gefangenhaltung auf Grund vorläufiger Festnahme nach § 127 a. a. O., sowie die Zeit, während derer ein aus dem Arbeitshaus zur Aburteilung in ein Gerichtsgefängnis Ueberstellter in diesem verwahrt wird, oder die Zeit einer Verwahrung nach §§ 135, 230 StPO.

Nicht angerechnet kann werden (a. M. Olshausen)

[6]) Hinsichtlich der Aufhebung überhaupt vgl. §§ 123, 126, 130 StPO.



die Zeit der Vorführung nach §§ 133, 134, 229², 235, 370, 427 StPO. Hier liegt keine Freiheitsentziehung vor, die man bei weitester Ausdehnung des Begriffes UH. als solche bezeichnen könnte. Die Freiheitsbeschränkung ist auch nicht das Ziel der Handlung, vielmehr eine Begleiterscheinung. Denn die Vorführung läßt sich ohne die Beschränkung der Freiheit des Vorzuführenden nicht bewirken. Hier besteht auch kein Anlaß zur Anrechnung, da der Beschuldigte ohne Zwangsmaßregeln dieselbe Zeit hätte aufwenden müssen.

Erfolgt eine Vorführung im Anschluß an eine vorläufige Festnahme oder während der Dauer einer UH., so ist die Zeit anzurechnen, da die Verwahrung noch fortdauert. Ebenso dann, wenn sich an die Vorführung eine Verwahrung anschließt und eine Abgrenzung nicht möglich ist; z. B. im Falle des § 135 StPO. (vgl. hiezu das RG. vom 14. Juli 1904, die Entschädigung für unschuldig erlittene UH. betr., wo als UH. die Haft der §§ 112, 114, 125, 128², 129, 131, 229, 235, 370 StPO. angesehen wird, dagegen nicht die Vorführung, allerdings auch nicht die vorläufige Festnahme, außer es schließt sich die Verhaftung daran). Anrechnungsfähig ist selbstverständlich nur die UH. vor der Urteilsverkündung (OLG. M. 2, 415) sowie die Haft, welche der Verurteilte in dem Strafverfahren erlitt, das zur Verurteilung führte (OLG. M. 2, 111; 3, 579; 10, 236; RG. 31, 245).

Diese Voraussetzung ist bei Verbindung von Strafverfahren auch dann gegeben, wenn die Verurteilung wegen einer anderen Handlung erfolgt, als der, wegen derer die Haft verhängt ist, und bezüglich dieser das Verfahren eingestellt wird (RG. Entsch. 30, 182; Rspr. 3, 126; 4, 850).

Unter allen Umständen muß aber ein gemeinschaftliches Verfahren vorliegen; dieses wird nicht schon dadurch geschaffen, daß nach § 79 StGB. eine früher erkannte Strafe zur Bildung der Gesamtstrafe verwendet wird. Eine im früheren Urteile angeordnete Anrechnung ist natürlich zu beachten (BayZfR. 1905 S. 513; RG. 31, 244).

Die Anrechnung ist an sich auch bei der Verurteilung wegen einer Straftat möglich, wegen derer doppelte Haft vorliegt, d. h. in einem Falle, in dem die UH. gleichzeitig in zwei Untersuchungen verhängt ist. Hier ist bei dem späteren Urteilsspruch zu beachten, ob und wieweit etwa schon im vorangehenden Erkenntnisse von der Befugnis des § 60 a. a. O. Gebrauch gemacht wurde (RGRspr. 4, 850).

Der Ausspruch über Anwendung des § 60 a. a. O. muß sich im Urteile finden; eine nachträgliche Ergänzung ist ausgeschlossen. Der rechtskräftige Ausspruch ist aber auch dann zu beachten, wenn er, von Schreibfehlern abgesehen, unrichtig ist.

Durch die angerechnete UH. gilt der entsprechende Strafteil als verbüßt.

Ueber die Art der Anrechnung bestehen zwei Ansichten:

a) Es liegt eine vorweggenommene Strafhaft vor. Es wird zunächst berechnet, wieviel die anzurechnende UH. ausmacht und dies von der Strafe abgezogen; der Rest ist zu vollstrecken. Bei Anrechnung der vollen Haft wird als Strafbeginn der Anfang der UH. betrachtet (s. BayZfR. 1907 S. 167).

b) Die Strafzeit ist von dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu berechnen und von dem hiernach sich ergebenden Strafende die Dauer der anzurechnenden UH. zurückzurechnen (RG. 29, 76; OLG. M. 2, 415; 3, 136; BlfRA. 72, 377).

Die erste Meinung bringt die einfachere Berechnung, die letztere ist überzeugender begründet.

Die Anrechnung geschieht zum vollen Werte ohne Umwandlung nach § 21 StGB. (BayObLG. 6, 170).

Auch gibt es keine Ausscheidung auf die Einzelstrafen einer Gesamtstrafe (§ 74 StGB.). Ist aber eine Strafe, auf welche nach dem Urteil UH. anzurechnen ist, in einem späteren Urteile aufgegangen, das eine höhere Strafart ausspricht, so muß die Umwandlung der (durch die UH. ganz oder teilweise verbüßten) Strafe und damit die nur verhältnismäßige Anrechnung der UH. eintreten. Dabei wird die UH. nicht in der vollen Höhe berücksichtigt, in der sie auf die Einzelstrafe anzurechnen wäre, sondern nur nach dem Verhältnisse der Einzelstrafe zur Gesamtstrafe. Angenommen es ist auf 2 Mt. Gefängnis erkannt. Ein späteres Urteil erkennt, unter Einsatz von 1 Mt. 10 Tg. Gefängnis für die neue Tat, auf eine Gesamtgefängnisstrafe von 3 Monaten. Auf die neuerkannte Strafe soll die in dieser Sache erlittene UH. (von 2 Mt.) angerechnet werden. Selbstverständlich sind nicht 2 Mt. für verbüßt zu erachten, auch nicht 1 Mt. 10 Tg., sondern nur der entsprechende Teil (RG. in BayZfR. 1905 S. 513).

IX. Die Nachhaft des § 482 StPO. § 482 StPO. bestimmt, daß auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe unverkürzt diejenige UH. anzurechnen sei, welche der Angeklagte erlitten hat, seit er auf Einlegung des Rechtsmittels verzichtete oder das eingelegte Rechtsmittel zurücknahm oder seitdem die Rechtsmittelfrist verstrich, ohne daß er eine Erklärung abgab.

Der Begriff der UH. ist oben unter VII erörtert. Deshalb ist auch das dort Gesagte entsprechend anzuwenden. Hieher gehört auch der Fall, daß ein aus dem Arbeitshaus zur Aburteilung in ein Gefängnis überstellter Angeklagter in diesem verwahrt wird (BayObLG. 2, 192; OLG. M. 3, 442).

In § 482 StPO. ist nicht die Rechtskraft des Urteils ins Auge gefaßt, so daß die Bestimmung auch Anwendung findet, wenn der Staatsanwalt ein erfolgloses Rechtsmittel einlegte oder ein Rechtsmittel einlegte und dann zurücknahm (BayObLG. 4, 70). Der Satz gilt auch für die Berufungsinstanz und im Falle der Zurückverweisung der Sache ans Erstgericht.

Der Zweck der Vorschrift ergibt, daß sie un-



anwendbar wird, wenn der Angeklagte selbst die Verzögerung der Vollstreckbarkeit herbeiführte, z. B. sich zuerst dem Urteile unterwarf, dann aber die Erklärung (erfolglos) widerrief und eine Entscheidung des Obergerichts veranlaßte (BayObLG. 4, 370; 70).

Eine Lücke des Gesetzes ist es, daß die Anwendung des § 482 a. a. O. versagt, wenn vom Angeklagten ein erfolgreiches Rechtsmittel eingelegt wurde.

Im übrigen ist das zu § 60 StGB. (Ziff. VIII) Gesagte entsprechend anzuwenden. Eine Anrechnung findet daher z. B. dann nicht statt, wenn ein Urteil, das eine Gesamtstrafe ausspricht, auch nur teilweise angefochten wird (BayObLG. 3, 51; 5, 214) oder die UH. in einem anderen Strafverfahren verbüßt wurde (OLG. M. 2, 111). Dagegen ist die Anrechnung auch bei Doppelhaft möglich. Sie erfolgt ganz, nicht erst nach Umwandlung (BayObLG. 6, 172). Auch in den Fällen des § 79 StGB. gilt das Gesagte. Die rechtliche Natur der Verwahrung von dem Eintritte der Rechtskraft des Urteils an bis zur Einlieferung am Strafort ist bestritten (BayZfR. 1906 S. 411). Um eine Strafhaft handelt es sich nicht (vgl. oben Ziff. III); jedoch ist die Verwahrung als Strafe anzurechnen. Von hervorragender Bedeutung ist die Streitfrage nicht.

Erwähnt sei schließlich noch die in BlfRA. 64, 433 besprochene Frage, ob nämlich dann, wenn vom Staatsanwalt ein Rechtsmittel gegen ein Urteil eingelegt wurde, dem der Beschuldigte sich unterwarf, der Verurteilte weiter in Haft behalten werden darf, obwohl die nach § 482 StPO. anzurechnende Haft die erkannte Strafe erreicht hat. Folgt man dem Sinne des Gesetzes, wornach die Verlängerung der UH., die ohne Zutun des Angeklagten eintritt, ihm nicht zum Nachteil gereichen solle (s. Materialien z. StPO. Bd. 3 Abs. 1 S. 292), so wird die Entscheidung nicht schwer fallen. Der Praktiker wird sich auch nie besinnen, in solchen Fällen die Freilassung zu verfügen. Der in § 123 StPO. sich spiegelnde Grundsatz findet auf das ganze Strafvollzugssystem Anwendung. Wie durch ein Rechtsmittel die sofortige Entlassung bei Freisprechung nicht verzögert werden darf, so ist auch im Falle der Verurteilung die Verwahrung unhaltbar, sobald die anrechnungsfähige UH. die Strafdauer erreicht. Ein Unterschied in der Anrechnungsfähigkeit der UH. nach § 60 StGB. und § 482 StPO. besteht überhaupt nicht. In beiden Fällen handelt es sich um eine gleichgeartete Haft (s. oben). Zur Anrechnung geeignet ist sowohl die Haft bis zum Urteil (nach § 60) als von dem Augenblicke, da das Urteil für den Beschuldigten unanfechtbar geworden ist (nach § 482). Ob eine Anrechnung erfolgt, bestimmt sich in ersterem Falle nach dem auf richterliches Ermessen gestützten Urteilsspruch, in letzterem nach einem bestimmten Tun oder Lassen des Verurteilten.

Die Wirkung selbst ist in beiden Fällen gleich. Daß nach § 482 StPO. Anrechnung erfolgt und erfolgen muß, steht schon vor dem Eintritte der Rechtskraft fest. Es läßt sich Tag für Tag und Stunde für Stunde verfolgen, in welchem Verhältnis die erkannte Strafe zu der erlittenen Haft steht. Und sind sich beide gleich gekommen, so ist eben die Strafe verbüßt.

Nun spielt allerdings die Frage herein, ob das Urteil nicht zuungunsten des Angeklagten abgeändert werden wird. Allein diese Möglichkeit ist nicht zu beachten. Es liegt ein richterlicher Machtspruch vor. Dieser schafft zunächst Recht und ist demgemäß zu achten (§ 123 StPO.). Er gibt Maß für die Zulässigkeit einer weiteren Verwahrung. Ist die (zunächst maßgebende) Strafe verbüßt, so besteht kein Grund mehr zur Fortdauer der Haft.[7] Wollte man der hier abgelehnten Anschauung folgen, so käme man dazu, den Landstreicher, der 6 Tage zuerkannt erhielt und sich dem Urteil sofort unterwarf, lange über diese Zeit hinaus in Haft zu behalten, weil der Amtsanwalt die Strafe nicht für genügend erachtete, ein Rechtsmittel einlegte und wirklich auch erreichte, daß gegen den Häftling statt 6 Tage 14 Tage Haft erkannt wurden; wenn nicht die Berufung erfolglos war, was auch möglich wäre.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Bestehen des Vertragsverhältnisses trotz verweigerter Vollziehung des Vertragsentwurfs. Aus den Gründen: Die Revision macht geltend, es habe zwischen den Parteien überhaupt kein Vertragsverhältnis sondern nur ein tatsächliches Verhältnis bestanden, da der Kläger die Unterzeichnung des schriftlichen Vertragsentwurfs verweigert habe, weil er die von dem Geschäftsführer der Beklagten als unerläßlich aufgestellte Bedingung des Verzichts auf Nebengeschäfte nicht habe eingehen wollen. Dieser Angriff ist nicht gerechtfertigt. Das OLG. stellt fest, daß die Parteien trotz der Unterschriftsverweigerung des Klägers den Inhalt des Vertragsentwurfs als maßgebend ihren Leistungen zugrunde gelegt haben, daß der Geschäftsführer dem Kläger erklärt hat, wenn er nicht unterschriebe, bleibe ihm nichts anderes übrig, als daß er sich vorläufig an seinen Vertragsentwurf halte, und daß der Kläger im wesentlichen die ihm nach dem Entwurfe obliegende Tätigkeit entfaltet hat. Wenn das OLG. auf Grund dieser Feststellungen annimmt, daß trotz der Verweigerung des Abschlusses eines förmlichen schriftlichen Vertrags ein vorläufiger Vertrag zwischen den Parteien unter den vom Geschäftsführer gestellten Bedingungen zustandegekommen ist, und daß also nicht etwa die ganze

---

[7]) Die Wiederverhaftung ist möglich, wenn das Urteil umgestoßen wird. Unzulässig ist es aber, daß das Berufungsgericht ohne weitere Grundlage die Wiederverhaftung anordnet, als weil die Abänderung des Urteils in Aussicht steht.



Zeit von mehr als zwei Jahren hindurch nur ein tatsächliches Verhältnis bestanden hat, so ist das nicht irrig. (Urt. d. III. ZS. v. 10. Februar 1914, III 458/13). —a—

3297

II.

Verwandlung einer prozessualen Sicherheit in eine Hinterlegung nach § 372 BGB. Aus den Gründen: Die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.) ist darauf gegründet, daß der Kläger von seiner Urteilsschuld, derentwegen der Beklagte gepfändet hat, durch Hinterlegung des Schuldbetrags gemäß § 378 BGB. befreit worden sei. Daß die Einwendung der Hinterlegung die Vollstreckungsgegenklage begründen kann, ist nicht zweifelhaft. Voraussetzung ist, daß der Schuldner zur Hinterlegung nach § 372 BGB. befugt war, und daß er mit schuldbefreiender Wirkung hinterlegt hat. Die erste Voraussetzung ist gegeben. (Wird ausgeführt). Die Hinterlegung erblickt der Kläger darin, daß er hinsichtlich der zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleisteten Sicherheit nachträglich gegenüber der Hinterlegungsstelle auf das Recht der Rücknahme verzichtet habe (§§ 378, 376 BGB.). Demgegenüber hat das OLG. ausgeführt, daß eine Hinterlegung zum Zwecke einer prozessualen Sicherheitsleistung durch nachträglichen Verzicht auf das Recht der Rücknahme nicht die Eigenschaft einer Hinterlegung i. S. der §§ 372 ff. BGB. annehmen könne. Ein Schuldner, der eine prozessuale Sicherheit geleistet habe, müsse vielmehr zunächst von neuem hinterlegen, ehe er die geleistete Sicherheit zurückfordern könne. Durch Verweisung des Gläubigers auf die geleistete Sicherheit könne er sich nicht befreien. Diese Ausführungen geben zu Bedenken Anlaß. Sieht man zunächst davon ab, daß ursprünglich zur Leistung einer prozessualen Sicherheit hinterlegt wurde, so wurde der Kläger durch den Verzicht auf Rücknahme des Hinterlegten in Höhe des hinterlegten Betrages von seiner Verbindlichkeit befreit, auch wenn der Verzicht der Hinterlegung nachgefolgt ist. Daß die Sicherheit ursprünglich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleistet ist, könnte nur dann die schuldbefreiende Wirkung des Verzichts hindern, wenn die prozessuale Sicherheitsleistung eine andere Forderung des Beklagten sicherte. Nun hat der Kläger die Sicherheit geleistet auf Grund eines nach § 769 ZPO. erlassenen amtsgerichtlichen Beschlusses, der die Einstellung der gegen den Kläger vom Beklagten eingeleiteten Zwangsvollstreckung gegen eine Sicherheit angeordnet hatte. Die Sicherheit haftete also dem Beklagten für das Interesse, das er an einer sofortigen Durchführung der eingestellten Zwangsvollstreckung hatte. (Gaup-Stein § 769 II, § 707 II, 1). Der Beklagte erwarb zugunsten seiner möglichen Interesseforderung gemäß § 233 BGB. ein gesetzliches Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung, die der Empfangsberechtigte gegen die Hinterlegungsstelle hatte. Allein der Beklagte hat nicht behaupten können, daß ihm durch die Einstellung der Zwangsvollstreckung ein Schaden erwachsen sei, dessen Ersatz er aus dem Pfandgegenstand decken müsse. War aber keine solche Forderung gegeben, so stand auch der Umwandlung der ursprünglich prozessualen Sicherheit in eine Hinterlegung gemäß § 372 BGB. kein Hindernis entgegen. (Urt. d. III. ZS. vom 30. Januar 1914, III 421/13). —a—

3299

III.

Schadensteilung bei beiderseits verschuldeter Unmöglichkeit. Aus den Gründen: Die Revision macht geltend, daß selbst wenn man mit dem OLG. annehme, die Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrags sei durch den Mangel der polizeilichen Spielerlaubnis hervorgerufen worden und diese Unmöglichkeit sei von beiden Teilen zu vertreten, daraus doch nicht die Teilung des Schadens, sondern nur die zeitliche Begrenzung des Schadensersatzanspruchs des Klägers bis zu dem Zeitpunkt folge, wo die polizeiliche Untersagung in Kraft getreten sein würde. Dieser Angriff ist unbegründet. Die Polizeibehörde ging davon aus, daß der Kläger einer Erlaubnis bedürfe, um in H. als Schauspielunternehmer auftreten zu können. Sie hätte den Kläger am Weiterspielen gehindert, wenn er nicht alsbald eine Spielerlaubnis erwirkt hätte. Das war aber nicht so schnell möglich, wie es zur ununterbrochenen Fortsetzung der vom Kläger vertraglich zugesagten Leistungen hätte geschehen müssen. Hierin findet das OLG. einen von beiden Vertragsteilen zu vertretenden Umstand, der die Unmöglichkeit der dem Kläger obliegenden Leistung herbeiführte. Es wendet daher auf den Klageanspruch die Grundsätze der Schadensteilung an (§ 254 BGB.). Das ist nicht irrtümlich. In der Rechtsprechung des RG. ist bereits angenommen worden, daß diese Grundsätze auch im Falle der teils von der einen teils von der anderen Partei zu vertretenden Unmöglichkeit der der einen Partei obliegenden Leistung anzuwenden sind. Bei Beantwortung der Frage, wessen Verschulden als das die Gesetzesanwendung bestimmende anzusehen ist, und ob sich hiernach eine vollständige oder teilweise Anwendung der Vorschriften des § 325 oder der des § 324 BGB. rechtfertigt, sind die aus § 254 sich ergebenden allgemeinen Rechtsgrundsätze entscheidend. (RG. 71, 191 f.). (Urt. des III. ZS. vom 6. Februar 1914, III 291/13). —a—

3301

IV.

Verstößt gegen die guten Sitten, wer einem anderen Mittel zum Spiel gewährt? Die Schuld des Beklagten an den Kläger ist dadurch entstanden, daß letzterer dem Beklagten Spielmarken zu 5500 *M* ausgehändigt hat. Das LG. nahm an, daß die Aushändigung der Marken zu Zwecken des Spiels und nicht zur Bezahlung von Speisen und Getränken in den Klubräumen erfolgt sei, es erachtete eine solche Handlung als gegen die guten Sitten verstoßend und hat daher die Klage abgewiesen. Dagegen führte das BG. aus, Darlehen zu Spielzwecken seien im allgemeinen selbst dann gültig, wenn sie von einem Spieler dem anderen gewährt würden, hier habe aber der Kläger weder als Mitspieler noch als Bankhalter Teil genommen, auch habe er nicht die Spielleidenschaft des Beklagten in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise ausgenutzt, seine Ansprüche seien daher klagbar. Das RG. hob auf.

Aus den Gründen: Daß durch Spiel keine Verbindlichkeit begründet wird, ist in § 762 BGB. bestimmt. Auf Darlehen, die jemand zu Spielzwecken gibt, ist die Vorschrift nicht auszudehnen, ein solches Darlehen kann aber gegen die guten Sitten verstoßen und daher gemäß § 138 BGB. nichtig sein. Ein anderes Rechtsgeschäft, durch das sich der Spieler die nötigen Mittel zum Spiele verschafft, ist ebenso wie ein Darlehen zu behandeln, es kann daher auf sich beruhen, ob in der Auslieferung der Spielmarken ohne unmittelbare Gegenleistung ein Darlehen oder ein Kauf mit Stundung des Preises zu finden ist. Im Anschlusse an die bisherige Rechtsprechung (RGZ. 67, 355) ist anzunehmen, daß ein an dem Spiele nicht Beteiligter sich nicht schon dadurch gegen die guten Sitten vergeht, daß er es einem anderen durch Gewährung von Vermögenswerten ermöglicht, an einer Spielbank weiter zu spielen, um einen Verlust wett zu machen, besondere Umstände können aber auch ein solches Geschäft als unsittlich erscheinen lassen. Ob solche Umstände gegeben sind, ist nicht hinreichend geklärt, insbesondere ist es zweifelhaft, ob der Kläger überhaupt einem Unbeteiligten gleichgestellt werden darf. Unterstellt man, daß er bei der Aushändigung der Spielmarken nicht für den Klub sondern auf seine Rechnung gehandelt hat, so wird wieder seine Stellung als Kassierer von Bedeutung,

es besteht die Möglichkeit, daß er dem Beklagten die Marken überließ, um dem Klub Vorteile zu verschaffen. Wie der Senat in einem Urteile vom 31. Januar 1910, Rep. VI 131/08, ausgesprochen hat, verstößt es gegen die guten Sitten, wenn ein Klub, der hauptsächlich zu dem Zwecke gegründet ist, seinen Mitgliedern ein Glückspiel mit hohen Einsätzen zu ermöglichen, diesen Darlehen aus der Klubkasse während des Spieles gibt, um ihre Spiellust anzuregen oder sie zur Fortsetzung des Spiels bei Verlust in den Stand zu setzen. Gewährt nun an Stelle des Klubs dessen Kassierer derartige Darlehen, so wird die Sachlage der Regel nach nicht anders zu beurteilen sein. Daß der Kläger von dem Weiterspielen des Beklagten für sich einen unmittelbaren Vermögensvorteil erwartete, ist zur Anwendung des § 138 BGB. nicht unbedingt erforderlich.

Anders wäre zu urteilen, wenn die Angaben des Klägers über den tatsächlichen Hergang richtig sind. Danach hätte der Beklagte den Klubdiener zu dem Kläger mit dem Ersuchen geschickt, ihm für 3600 *M* Spielmarken zu verabfolgen. Der Kläger habe die Marken dem Diener in der Annahme übergeben, Beklagter werde diesem sofort das Geld einhändigen, was Beklagter aber nicht getan habe. Als Beklagter dann fernere Marken verlangt habe, habe Kläger das abgelehnt, weil er grundsätzlich keine Marken auf Kredit abgebe, auch habe er die weiteren Marken erst gegeben, nachdem ihm Beklagter drei Anweisungen auf die Bank für Handel und Industrie über zusammen 1900 *M* eingehändigt habe, die Kläger für gut gehalten haben will. Beklagter habe aber bei der genannten Bank kein Guthaben gehabt. Sollten diese Behauptungen zutreffen, so hätte der Beklagte ohne Zweifel die letzten 1900 *M* durch arglistige Täuschung erlangt, möglicherweise aber auch die 3600 *M*, insbesondere dann, wenn in der Entsendung des Dieners die Vorspiegelung zu finden wäre, Beklagter werde dem Diener sofort Geld gegen die Marken geben. Alsdann hätte Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, § 826 BGB., der nicht dadurch beeinflußt wird, daß Beklagter das so Erlangte zu Spielzwecken verwenden wollte und dem Kläger dieser Umstand bekannt war. (Urt. d. VI. ZS. vom 11. Dezember 1913, VI 441/13). ———n.

3289

V.

Haftung der Gemeinde für Verkehrssicherheit bei Straßenarbeiten. Aus den Gründen: Die Gemeinden können, wenn sie auf den Verkehrsstraßen ihres Ortsbezirks Straßenarbeiten vornehmen lassen, die den Verkehr hindern oder gefährden, die Sorge für die Verkehrssicherheit nicht auf die Unternehmer abwälzen, denen sie die Ausführung übertragen haben; auch wenn die Unternehmer die Sicherheitsvorkehrungen vertragsmäßig übernommen haben, bleibt den Gemeinden die Verpflichtung, sich selbst darum zu kümmern, ob die Unternehmer genügende Einrichtungen treffen; die Regelung des Verkehrs auf den öffentlichen Straßen und die Anordnung der für die Sicherheit des Verkehrs erforderlichen Maßregeln ist eigenste Pflicht der Gemeinden, deren sie sich nicht entschlagen können. Wenn demnach die Beklagte selbst tüchtige und zuverlässige Unternehmer für die Vornahme der Straßenarbeiten ausgewählt hat, denen sie im allgemeinen zutrauen durfte, daß sie die Verpflichtung gewissenhaft erfüllen würden, für die Verkehrssicherung, insbesondere für die Beleuchtung zu sorgen, mußte sie doch durch ihre eigenen Organe eine zweckmäßige Aufsicht üben. Das ist nicht ausreichend geschehen. Wie das OLG. feststellt, waren der westliche wie der östliche Bürgersteig der Straße aufgerissen, auch der westliche Teil des Straßendammes noch unfertig und unbegehbar. Auf dem westlichen Bürgersteige lagerten, zumal an der Unfallstelle, Pflastersteine, die den Verkehr hinderten. Zur Beleuchtung dienten an Stelle der für die Dauer des Umbaues der Straße weggenommenen Gaslaternen Petroleumlaternen, die in 80 m Entfernung voneinander angebracht waren und die Straße nur ungenügend beleuchteten, deren verkehrsgefährlicher Zustand gerade eine Verbesserung der Beleuchtung anstatt einer Verminderung erfordert hätte. Dieser Zustand hatte schon vor dem Unfall eine Reihe von Wochen gedauert und war in den Tagesblättern wiederholt besprochen worden; das mußte den Vertretern der Stadtgemeinde bei ordnungsmäßigen Verwaltungseinrichtungen zur Kenntnis gelangen. Es kann fraglich sein, ob der Stadtbauinspektor, der mit der Bauleitung und der Aufsicht über die Straßenbauarbeiten betraut war, ein verfassungsmäßiger Vertreter der Beklagten im allgemeinen nach § 36 BGB. oder ein besonderer Vertreter nach § 30 BGB. war. Das OLG. begründet seine Annahme damit, daß er durch die Verwaltungsbestimmungen der Stadt zu seiner Tätigkeit berufen und innerhalb seines Geschäftskreises zu selbständigem Handeln befugt gewesen sei; es hat aber nicht auf bestimmte Satzungen oder Verwaltungsbestimmungen verwiesen (vgl. RGE. 74, 21 und 250). Es kommt hierauf jedoch nicht an. Wenn ein ordnungswidriger und verkehrsgefährlicher Zustand einer öffentlichen Straße längere Zeit hindurch bestand und in den Tagesblättern des Ortes über ihn Beschwerde geführt wurde, dann kann das Fortbestehen des Zustandes seine Erklärung nur in einer Versäumung der Aufsichtspflichten durch die Vertreter der beklagten Stadtgemeinde finden, und diese Versäumung begründet die Haftung der letzteren für den durch den ordnungswidrigen Zustand hervorgerufenen Unfall nach §§ 823, 31, 89, 276 BGB., ohne daß es noch der Feststellung der Einzelperson des schuldhaft handelnden Vertreters bedarf, weil eben nach der Sachlage das Verschulden irgendeines Vertreters vorliegen muß. (Urt. d. VI. ZS. vom 19. Januar 1914, VI 523/13). ———n.

3294

VI.

Wann geht auf den Bauherrn das Eigentum an Bauteilen über, die der Bauhandwerker in einen Neubau liefert? Aus den Gründen: Der Rechtsbegriff der Uebergabe i. S. des § 929 BGB. ist nicht verkannt, und ob die Klägerin und G. einig waren, daß das Eigentum an den gelieferten Türen und Fenstern auf ihn übergehe, ist reine Tatfrage. Vergeblich beruft sich die Revision auf das Urteil des 7. ZS. vom 6. April 1911, VII 513/1910. Auch dieses Urteil fußt nur auf den tatsächlichen Feststellungen des Untergerichts, die mit denen im gegenwärtigen Fall zwar Aehnlichkeit haben, sich aber nicht decken. Der 7. ZS. spricht keineswegs aus, daß, falls nichts Gegenteiliges bedungen sei, das Eigentum an den von dem Unternehmer zu einem Neubau gelieferten Türen und Fenstern erst dann auf den Bauherrn übergehe, wenn sie eingehängt und vollständig eingepaßt seien, sondern nur: daß darin, daß die Türen auf das Baugrundstück geschafft wurden, noch keine Besitzübertragung auf den Bauherrn und in der Aufforderung des Tischlers an den Bauherrn zur Restzahlung nach Lage des Falls nicht notwendig eine Einigung über den Eigentumsübergang der Türen gefunden werden mußte. Der 7. ZS. steht also ebenfalls auf dem hier vertretenen Standpunkt, daß die Frage wesentlich tatsächlicher Natur sei, in welchem Zeitpunkt das Eigentum an Bauteilen, die der Bauhandwerker in einen Neubau liefere, auf den Bauherrn übergehe, und ihre Beantwortung von dem ausdrücklich erklärten oder aus schlüssigen Handlungen ermittelten Vertragswillen der Parteien abhänge. Es ist auch nicht etwa behauptet worden, daß in den beteiligten Geschäftskreisen oder in B. eine bestimmte Uebung in dieser Hinsicht herrsche, die zur Auslegung

oder Ergänzung des Parteiwillens herangezogen werden könnte.

Zu Unrecht rügt die Revision Verletzung der §§ 631, 641, 644 BGB., weil das Eigentum an dem Werk vor seiner Abnahme auf den Besteller nicht übergehen könne, hier aber die Abnahme durch G. nicht festgestellt sei. Der dingliche Eigentumsübergang der von dem Unternehmer hergestellten Sache fällt mit der Abnahme des Werks nicht zusammen. Wenn auch nach Umständen die Abnahme ein Anzeichen für den Eigentumsübergang, der letztere ein Anzeichen für die Abnahme sein kann, so ist anderseits möglich, daß das Werk abgenommen wird, bevor das Eigentum übergeht, das Eigentum vor der Abnahme auf den Besteller übergehen kann. Grundsätzlich haben daher Abnahme und Eigentumsübergang nichts miteinander zu tun, und das BG., das nur untersuchte, ob das Eigentum übergegangen sei, brauchte sich nicht mit der Erörterung zu befassen, ob G. die Türen und Fenster auch abgenommen habe. (Urt. d. VI. ZS. vom 19. Januar 1914, VI 570/1913). ——— n.

3290

VII.

Vormerkung für einen Anspruch auf Hypothekbestellung aus einem Vertrage zugunsten Dritter. Aus den Gründen: Eine Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, durch die sich dieser jenem zur Bestellung einer Hypothek zugunsten des Gläubigers verpflichtet, kann nach den Vorschriften über die Verträge zugunsten Dritter (§§ 328 ff.) nicht nur für den Bürgen, sondern auch für den Gläubiger einen Anspruch auf Bestellung der Hypothek zugunsten des Gläubigers erzeugen, wenn der Bürge nicht als Vertreter des Gläubigers sondern im eigenen Namen gehandelt hat. Dieser Anspruch des Gläubigers kann auch gemäß §§ 883 ff. durch eine Vormerkung gesichert werden, da er auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstücke gerichtet ist. Denn der § 883 setzt nur einen Anspruch auf eine der angeführten dinglichen Rechtsänderungen voraus und überläßt den sonstigen, in erster Reihe den schuldrechtlichen Bestimmungen die Entscheidung der Frage, wann ein Anspruch gegeben ist. § 873 Abs. 2, der nur den dinglichen Vertrag, die sog. Einigung, regelt, ist nicht anwendbar auf einen schuldrechtlichen Vertrag, durch den die Verpflichtung zu einer dinglichen Rechtsänderung begründet wird. (RGZ. 48, 133; 50, 77; Gruchot 46 S. 901). (Urt. d. III. ZS. vom 23. Januar 1914, III 465/1913). — a —

3264

VIII.

Vernehmung von Streitgenossen als Zeugen. Aus den Gründen: Nur der kann Zeuge sein, der im Rechtsstreite nicht selbst Partei ist, wer also weder für sich noch als gesetzlicher Vertreter für einen anderen ein Recht verfolgen und dazu Parteihandlungen vornehmen kann. Wo Streitgenossen die Partei bilden, ist aber jeder Streitgenosse nicht nur der Gegenpartei, sondern auch den Mitgenossen gegenüber Partei. Deshalb kann ein Streitgenosse auch dann nicht als Zeuge vernommen werden, wenn die beweisdürftige Tatsache bloß das Recht des anderen Streitgenossen angeht (vgl. RGZ. 29, 370). Infolgedessen kann ein Streitgenosse, gegen den durch Zwischenurteil der 1. Instanz nach § 304 ZPO. der Klagegrund rechtskräftig für gerechtfertigt erklärt worden ist, selbst dann nicht als Zeuge in der Berufungsinstanz vernommen werden, wenn er an dem gegen seinen Mitgenossen weiterbetriebenen Verfahren über den Grund des Anspruchs selber nicht mehr beteiligt ist. Denn er hat noch am Verfahren über den Betrag teilzunehmen, ist also noch Partei geblieben. Hier liegt der Fall allerdings umgekehrt. Denn gegen den Streitgenossen R. ist durch das landgerichtliche Urteil die Klage rechtskräftig abgewiesen; er ist damit endgültig zur Sache aus dem Rechtsstreit ausgeschieden. Nur die Kostenentscheidung ist vorbehalten worden. Dieses landgerichtliche Verfahren unterliegt allerdings begründeten Bedenken. Mit der Abweisung der Klage gegen R. war nämlich der Rechtsstreit zwischen dem Kläger und ihm völlig spruchreif und nach § 91 ZPO. wäre in einer der Sachlage angepaßten Fassung auszusprechen gewesen, daß der Kläger als die gegen R. völlig unterliegende Partei die durch den Rechtsstreit wider ihn verursachten Kosten zu tragen habe. Anstatt also bloß in der Sache die Klage gegen R. durch Teilurteil abzuweisen, hätte das LG., wie § 300 Abs. 1, 2 ZPO. vorschreibt, als Endentscheidung ein zugleich auch den spruchreifen Kostenpunkt miterledigendes Endurteil erlassen sollen. Jedoch kann dieser Verstoß gegen § 300 ZPO., der übrigens auch durch den Beschluß des OLG. rechtskräftig bestätigt worden ist, in der Revisionsinstanz nicht behoben werden. Daher muß hier davon ausgegangen werden, daß R. am Verfahren über die Kosten 1. Instanz noch beteiligt ist. Die Entscheidung hängt somit von der Frage ab, ob R. bei dieser Sachlage auch noch im Berufungsverfahren zwischen dem Kläger und W. Partei ist und daher als Entlastungszeuge seines Streitgenossen W. nicht zu vernehmen war. Diese Frage muß bejaht werden. Geht man davon aus, daß die Parteieigenschaft prozeßrechtlich grundsätzlich erst im Zeitpunkt endigt, in dem der Rechtsstreit ganz rechtskräftig entschieden ist, so kann ein Streitgenosse als Partei nicht ausscheiden, solange auch nur ein Teil des Rechtsstreits noch rechtshängig ist. Dies gilt auch hier, wo der Rechtsstreit gegen R. noch zum Kostenpunkt in 1. Instanz unentschieden und rechtshängig ist. (Urt. d. VI. ZS. vom 27. Nov. 1913, VI 410/1913). ——— n.

3291

IX.

Ob die Anordnung einer Pflegschaft sachlich begründet war, hat der Prozeßrichter nicht zu prüfen. Aus den Gründen: Der die Pflegschaft als Vormundschaftsrichter behandelnde Beklagte hat dem Pfleger eine Vergütung von 5000 *M* für die Pflegschaftsführung aus dem vom Pfleger selbst für die Pflegschaft erst erworbenen Vermögen bewilligt. Der Pfleger hatte diese Summe daraufhin aus dem Vermögen entnommen. (Die Voraussetzung für die durch ein Testament veranlaßte Pflegschaft war, wie sich ergab, schon bei Einleitung der Pflegschaft weggefallen gewesen). Darauf hob der Beklagte die Pflegschaft auf. Die abgewiesene Klage fordert von Vormundschaftsrichter und Pfleger als Gesamtschuldnern die 5000 *M*. Die Revision kann keinen Erfolg haben. Ob die Pflegschaft von Anfang an sachlich begründet oder ungerechtfertigt war, ist von einer vormundschaftlichen Instanz nicht entschieden. Der Beklagte hat nur die Vormundschaft aufgehoben. Der Prozeßrichter aber hat über die Gesetzmäßigkeit einer Vormundschafts- oder Pflegschaftseinleitung überhaupt nicht zu entscheiden. Dazu sind allein die vormundschaftlichen Instanzen zuständig. (JW. 1891, 434; 1903 Beil. 64 Nr. 147; RGZ. 33, 414; 34, 416). Maßgebend ist allein der rechtliche Bestand der Pflegschaft. Dieser berechtigte und verpflichtete den Beklagten, dem Pfleger eine angemessene Vergütung zu bewilligen. Die Klägerin bemängelt die Höhe der Vergütung. Darüber zu befinden, steht jedoch allein den Vormundschaftsbehörden, nicht dem Prozeßrichter zu. Eine Beschwerde gegen die Höhe hat die Klägerin bei den vormundschaftlichen Instanzen bisher nicht erhoben. Eine solche Beschwerde steht ihr immer noch offen, es ist ohne Belang, daß die Pflegschaft inzwischen aufgehoben worden ist. (Urt. des III. ZS. vom 3. Februar 1914, III 202/13). — a —

3281

X.

Strafandrohung zur Erzwingung positiven Tuns. Aus den Gründen: Das OLG. hat der Beklagten bei Meidung einer Geldstrafe bis zu 100 *M* für jeden Tag geboten, eine bestimmte Maschine nicht durch eine Firma P. verwenden zu lassen. Das ausgesprochene Verbot gilt nach Klagantrag und Urteil einer vermeintlichen Unterlassung nach § 241 Satz 2 BGB. In Wahrheit handelt es sich jedoch um keine Unterlassung sondern um eine Leistung i. S. des § 241 Satz 1 BGB. Denn die Verurteilung ist angestrebt und auch erfolgt, weil die Beklagte ihrer Vertragspflicht zuwidergehandelt und dadurch die Entstehung eines vertragswidrigen Zustandes (nämlich das Arbeiten der Maschine bei P.) schuldhaft ermöglicht hat. Durch die Strafandrohung soll die Beklagte gezwungen werden, die Weiterbenutzung der Maschine bei P. zu verhindern. Das ist der Sinn der Strafdrohung. Es wird der Beklagten also ein Tun, eine Einwirkung auf die Firma P., angesonnen. Auf einen solchen Fall findet § 890 ZPO. keine Anwendung. Er gilt nur, wenn der Schuldner einer Verpflichtung zuwiderhandelt, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden. Soll nicht eine Unterlassung oder Duldung erzwungen, sondern der Schuldner zum Tun angehalten werden, so kommen die §§ 887, 888 ZPO. in Betracht. Diese beiden Vorschriften erklären jedoch das Prozeßgericht 1. Instanz für zuständig, wenn ein Urteil vorliegt, wodurch dem Schuldner die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung auferlegt ist, und wenn es sich um die Vollstreckung dieses Urteils handelt. In dem Urteil selbst kann die Strafe nicht angedroht werden (RGZ. 34, 173, JW. 1909, 24, 23). Hieraus folgt die Abweisung des Anspruchs auf die Strafandrohung. (Urt. d. III. ZS. vom 10. Februar 1914, III 462/13).

3296 — a —

B. Strafsachen.

I.

Postzwang (§§ 1, 2 und 27 Nr. 1 PostG.). 1. Zum Begriff „expresser Bote". 2. Die Beförderung postzwangspflichtiger Gegenstände, die ein bezahlter Angestellter für seinen Geschäftsherrn bewirkt, ist nicht notwendig eine Beförderung „gegen Bezahlung" i. S. des § 1 PostG. 3. Welcher Ort gilt als Ursprungsort einer Zeitung? Möglichkeit eines doppelten Ursprungsortes; kann der Verleger bestimmen, welcher Ort als Ursprungsort gelten soll? 4. Liegt eine Verletzung des Postzwangs darin, daß einem Boten, der gegen Bezahlung postzwangspflichtige Gegenstände befördert, solche unentgeltlich auch noch von einem anderen Absender mitgegeben werden? Aus den Gründen: Die politische, wöchentlich sechsmal erscheinende Zeitung „F. B.", die von der in G. ansässigen G. m. b. H. „Vereinsdruckerei für G. und Umgebung" herausgegeben wird, wurde in St. druckfertig gemacht in der Druckerei der „S. T.", G. m. b. H., von der die politische, gleichfalls sechsmal wöchentlich erscheinende Zeitung „S. T." verlegt wird. Die Schriftleitung der „F. B." lag in den Händen des Angeklagten H., der damals seinen Wohnsitz in G. hatte und die Redaktionsgeschäfte teils vorbereitend dort, teils endgültig vor dem Druck in St. in den Geschäftsräumen der Gesellschaft „S. T." besorgte. Der Angeklagte L. war bei der Gesellschaft „F. B." mit der Buchführung und Expedition betraut, hatte seinen Wohnsitz gleichfalls in G. und wurde in der maßgebenden Zeit sogar in den einzelnen Zeitungsnummern als „Verleger" bezeichnet. Zwischen den beiden Gesellschaften „F. B." und „S. T." war vereinbart, daß letztere Gesellschaft gegen Vergütung den Druck der „F. B." und ihre Expedition zu besorgen hatte. Die Nummern der „F. B.", die im Wege des Postzeitungsvertriebs zu verschicken waren, durchschnittlich nur 50 bis 70 Stück täglich, wurden nach dem Druck von der Expedition der „S. T." unmittelbar an das Postamt Nr. 1 in St. abgeliefert, bei dem durch die Gesellschaft „F. B." die diese Zeitung als „in St. erscheinend" angemeldet worden war. Auch das nach § 55 der württemb. PostO. vom 21. Mai 1900 erforderliche „Pflichtexemplar" kam diesem Postamt unmittelbar von der Expedition der „S. T." zu, deren Vorstand der Angeklagte Sch. war. Dieser besorgte auch als Bevollmächtigter der „F. B." die Abrechnung mit der Post. Ein weiterer Teil der in St. gedruckten Nummer der „F. B." wurde von der Expedition der „S. T." für zwei Städte und nebst ihrer Umgebung durch expressen Boten unmittelbar versandt. Auch hier handelt es sich um eine unwesentliche Zahl von Blättern. Der größte Teil der Leser der „F. B." aber befand sich in G. und neunzehn dieser Stadt benachbarten Ortschaften, die alle innerhalb des zweimeiligen Umkreises von G. liegen. Die für sie bestimmten Zeitungsnummern nahm H. täglich nach Beendigung seiner schriftleitenden Tätigkeit in St. in Bunde und Pakete verschnürt von dort als Handgepäck auf der Eisenbahn mit nach G., wo sie L. zur Weiterbeförderung an die Bezieher entgegennahm.

1. Das LG. nahm an, daß die Verschickung und Beförderung der „F. B." von St. nach G. durch H. der Vorschrift der §§ 1 und 2 PostG. nicht entsprochen habe, weil St. und nicht G. der Ursprungsort der Zeitung gewesen sei und H. nicht als expresser Bote gelten könne, und verurteilte die Angeklagten L., Sch. und H. aus § 27 Nr. 1 PostG. Dies begegnet nach jeder Richtung rechtlichen Bedenken. Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Gerichts, daß H. kein expresser Bote i. S. des § 2 PostG. und damit kein zugelassener Beförderer postzwangspflichtiger Gegenstände gewesen sei, weil er die Blätter nur gelegentlich seiner Rückreise von St. in anderer als in einer ausschließlichen Botentätigkeit mitgenommen habe, und weil er neben den Nummern der „F. B." auch solche der „S. T." bei sich führte. Von diesem der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts entsprechenden Standpunkt abzugehen, besteht kein Anlaß. Wenn aber

2. das LG. meint, H. habe sich dieser seiner Beförderungstätigkeit „gegen Bezahlung" durch seine Dienstherrin, die Gesellschaft „F. B." unterzogen, so fehlt hiefür die erforderliche tatsächliche Grundlage. H. bezog für seine schriftleitende Tätigkeit einen bestimmten Gehalt, der nicht erhöht wurde, als H. begann, die Nummern der „F. B." von St. nach G. als Handgepäck mit sich zu führen. Ersichtlich hat er auch weitere Ansprüche an die Gesellschaft nicht gemacht. Daraus ist aber noch nicht zu folgern, daß er für seine gesamte Tätigkeit für die „F. B.", wozu auch die Beförderung der Zeitung von St. nach G. gehört habe, bezahlt worden sei. Freilich liegt bei einem Angestellten, der für den Dienstherrn neben anderen Dienstleistungen postzwangspflichtige Gegenstände befördert, eine Bezahlung der Beförderung auch dann vor, wenn sein Lohn oder Gehalt sich zugleich auf die anderen Dienste bezieht, die er seinem Auftraggeber zu leisten hat, und der auf die befördernde Tätigkeit entfallende Anteil am Lohne sich zahlenmäßig nicht nachweisen läßt. Vorauszusetzen ist hierbei aber stets, daß der Angestellte durch seinen Dienstvertrag, sei es von vornherein oder infolge späteren Uebereinkommens verpflichtet ist, sich der Beförderung postzwangspflichtiger Gegenstände zu unterziehen. Versteht er sich hierzu freiwillig in einer den Dienstvertrag nicht berührenden Weise, so daß er das Recht hat, jederzeit zu widerrufen und diese Tätigkeit wieder einzustellen, so kann von einer entgeltlichen Leistung nicht die Rede sein. Das LG. mußte daher umsomehr auf die Frage eingehen, ob H. zur Beförderung der Nummern der „F. B." von St. nach G. durch Vertrag sich verpflichten

wollte und verpflichtet war, als diese Tätigkeit auch nicht die entfernteste Beziehung zu seiner Tätigkeit als Schriftleiter der Zeitung hatte, und keine Rechtsvermutung dafür besteht, daß jede Tätigkeit eines Angestellten im Interesse des Dienstherrn eine nach Vertrag zu fordernde und bezahlte ist.

3. Allein abgesehen hiervon ist rechtlich unhaltbar auch der Ausgangspunkt des Urteils, daß St. ausschließlich der Ursprungsort der „F. B.“ gewesen sei. Wäre, wenigstens was die von H. aus St. nach G. verbrachten Zeitungsblätter anlangt, St. nur Druckort, G. aber Ursprungsort i. S. des ersten Abs. des § 1 PostG., dann läge insoweit eine verbotene Verschickung und Beförderung postzwangspflichtiger Gegenstände nicht vor. Wie der erk. Senat in seinem Urteil vom 19. April 1894 (RG. 25, 279) ausgesprochen hat, sind die gedruckten Bogen strafrechtlich und vom Standpunkt des Postgesetzes aus noch nicht den Bestimmungen über die Beförderung von Zeitungen unterworfen, bevor sie der Verleger zur Verbreitung entläßt. Letzteres trifft aber für die von H. nach G. verbrachten Zeitungsnummern unbedingt zu. Bis dahin waren sie aus dem Dunkel der Herstellungsstätte — Redaktion, Druckerei und Expedition — noch keineswegs in die Welt zu den Lesern herausgetreten. L. nahm die Blätter in G. als Vertreter des Verlags entgegen und seine Aufgabe war es nun, sie den Beziehern zugänglich zu machen. Solange sie in seiner Hand waren, befanden sie sich noch in einer der Herstellungsstätten und es bestand die Möglichkeit, die hier allerdings nie zur Wirklichkeit wurde, die Herausgabe der Zeitung wenigstens in dem hier in Rede stehenden Umfange noch zu unterbinden, die Blätter gar nicht oder in verändertem Zustande in die Leserkreise hinausgelangen zu lassen. Der Sitz des Verlags und der Mittelpunkt seines Geschäftskreises war G. Und alle die Nummern der „F. B.“, die von St. als dem Druckort und in gewissem Sinne dem Redaktionsorte nach G. in den Gewahrsam des Verlags gelangt sind, waren noch innerhalb der Verfügungsgewalt des Verlags; solange die weitere Beförderungstätigkeit durch L. nicht begonnen hatte, waren sie noch nicht in die Oeffentlichkeit der Geschäftswelt getreten und für den Leserkreis „erschienen“. St. mag neben G. auch ein Ursprungsort der Zeitung gewesen sein und zwar für die Nummern, die im Auftrag und nach dem Willen des Verlags von dort unmittelbar den Beziehern im Wege des Zeitungspostbetriebs oder auf andere Weise zugeführt wurden. Das LG. hat jedoch übersehen, daß eine Zeitung mehrere Ursprungsorte nach § 1 Abs. 1 PostG. haben kann, wie es der erk. Senat in seiner schon erwähnten Entsch. vom 19. April 1894 dargelegt hat. Auch dem vom LG. aufgestellten Satz, daß der Wille des Verlegers bestimmend sei, ob und wo die Zeitung erscheinen solle, kann in dieser Allgemeinheit und in dem ihm beigelegten Sinn nicht beigetreten werden. Freilich hängen die Umstände, unter denen die Zeitung hergestellt werden und an die Leser gelangen soll, von seinem Willen ausschließlich ab. Aber nur diese Umstände sind für die vom Richter zu treffende rechtliche Schlußfolgerung maßgebend, welcher Ort als Ursprungsort zu gelten hat, nicht auch der etwa vorhandene, diese Umstände mißachtende Wille des Verlegers, daß ein anderer als der aus den Begleitumständen sich ergebende Ort als Ursprungsort seiner Zeitung gelten solle. Hierin würde sich nur ein nicht zu beachtender Rechtsirrtum verbergen.

4. H. hat nun allerdings neben den Nummern der „F. B.“ auch solche der „S. T.“ für deren Bezieher in G. und Umgebung von St. nach G. als Handgepäck auf der Eisenbahn mitgeführt. Auch diese Beförderung wird von dem LG. als ein Eingriff in die Rechte der Postverwaltung angesehen, und sie hat H. als Beförderer, L. und Sch., die vom 1. Januar 1911 ab die Mitnahme der Blätter der „S. T.“ veranlaßt haben, als Verschicker strafrechtlich haftbar gemacht. Auch hier aber macht sich ein Rechtsirrtum geltend. Das Gericht sagt, es sei bedeutungslos, daß H. von der Gesellschaft „S. T.“ für die Mitnahme ihrer Zeitungsnummern keine besondere Vergütung erhalten habe, weil ein expresser Bote von anderen postzwangspflichtige Sendungen auch nicht unentgeltlich mitnehmen dürfe. Dieser Satz ist für die hier zu entscheidende Frage ohne Belang. Er ist überhaupt nur soweit als richtig anzuerkennen, als ein bezahlter Bote, der auch postzwangspflichtige Gegenstände anderer aus Gefälligkeit mitbefördert, die Eigenschaft eines expressen Boten nach § 2 PostG. verliert, da er zwei Absendern dient. Dadurch werden die Verschickung und die Beförderung der postzwangspflichtigen Gegenstände zu unerlaubten und nach § 27 Nr. 1 PostG. strafbaren Handlungen, aber doch nur, soweit sie „gegen Bezahlung“ erfolgen. Unentgeltliches Befördern oder Verschicken verschlossener Briefe und politischer Zeitungen verstößt nicht gegen den Postzwang. Hat also von zwei Absendern postzwangspflichtiger Gegenstände nur der eine Absender den Boten bezahlt, dieser aber die Sachen des anderen Absenders unentgeltlich mitgenommen, so ist der zweite Absender und der Bote hinsichtlich dieser Gegenstände aus § 27 Nr. 1 PostG. nicht strafrechtlich verantwortlich, da insoweit kein Verschicken und kein Befördern „gegen Bezahlung“ vorliegt. Die Tatsache, daß der erste Absender den Boten bezahlt, ändert hieran nichts. Die Bezahlung sowie das Verschicken und Befördern müssen in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen. H. hat für die Mitnahme der Nummern der „S. T.“ nach G. von der Gesellschaft „S. T.“ keine Bezahlung erhalten; weder er noch seine Mitangeklagten L. und Sch. haben sich insoweit gegen § 27 Nr. 1 PostG. verfehlt, gleichgültig, welche strafrechtliche Folgen etwa aus der Beförderung der Nummern der „F. B.“ von St. nach G., die wenigstens nach der Annahme des LG. gegen Bezahlung erfolgt ist, für sie erwachsen konnten. Daß übrigens auch diese Beförderung zulässig war, ist bereits dargetan. (Urt. des I. StS. vom 15. Dezember 1913, 1 D 776/13). E.

3270

II.

Zu § 200 GVG.: Die Revision kann nicht auf die Mitteilung von Geschworenen über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung gestützt werden.

Aus den Gründen: Nachdem bereits der Spruch der Geschworenen nach § 308 StPO. kundgegeben und nach dem Schlußworte zur Straffrage das Urteil vom Gerichte beraten worden war, beantragte der Verteidiger nach § 309 StPO. zu verfahren, da ihm mitgeteilt worden sei, daß die Geschworenen während ihrer Beratung das Strafgesetzbuch verlangt hätten, ihnen darauf bedeutet worden sei, daß sie sich hierwegen in das Sitzungszimmer zurückzubegeben und entsprechenden Antrag an den Vorsitzenden zu stellen hätten, und daraufhin mit verneinendem Ergebnisse von den Geschworenen darüber abgestimmt worden sei, ob das geschehen solle. Während das Gericht über diesen Antrag des Verteidigers beriet, wendete sich der Obmann der Geschworenen an den Staatsanwalt mit der Bitte, zu vermitteln, daß er das Wort erhalte, um bezüglich der Abstimmung über das Verlangen nach einem Strafgesetzbuch Aufklärung zu geben. Nach Wiedereintritt des Gerichts trug der Staatsanwalt diesem die Bitte des Obmanns vor und der Verteidiger beantragte, ihr zu entsprechen. Nach weiterer Beratung verkündete das Gericht Beschluß dahin: „Der Antrag des Verteidigers wird zurückgewiesen, da keiner der Fälle des § 309 StPO. vorliegt.“ Die Revision bezeichnet nun den § 306 StPO. als verletzt, weil mehrere Geschworene bei ihrer Beratung erklärt hätten, einer nochmaligen Rechtsbelehrung zu bedürfen, und hierüber abgestimmt worden sei, während nach § 306 StPO. eine weitere

Belehrung schon dann zu beantragen gewesen wäre, wenn auch nur einer der Geschworenen eine solche für erforderlich gehalten habe. Ferner wird als verletzt bezeichnet der § 243 Abs. 2 StPO., weil der Antrag des Verteidigers, den Obmann zu hören, nicht beschieden worden sei. Diese Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben. Gemäß § 200 GVG. sind die Geschworenen verpflichtet, über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung Stillschweigen zu beobachten. Wenn der Verteidiger sich gleichwohl hierüber von einem Geschworenen eine Mitteilung machen ließ, so war das gesetzwidrig und es ist jede Nachprüfung ausgeschlossen, ob die Mitteilung richtig ist, da der § 200 GVG. es unmöglich macht, die maßgebenden Personen darüber zu vernehmen. Aus diesem Grunde konnte auch der Obmann der Geschworenen mit seiner beabsichtigten Erklärung nicht gehört werden. Sie sollte sich nicht etwa auf den Inhalt des kundgegebenen Spruches beziehen, sondern ausschließlich auf den Hergang bei der Beratung und Abstimmung und hierüber durfte der Obmann nach § 200 GVG. keinen Aufschluß geben. Danach ist aber auch der Antrag des Verteidigers, den Obmann zu hören, gesetzwidrig gewesen und durch die Nichtberücksichtigung dieses Antrages das Gesetz nicht verletzt; keinesfalls konnte von einer Verletzung des § 243 Abs. 2 StPO. die Rede sein, da der Antrag kein Beweisantrag i. S. dieser Gesetzesstelle war. Mittelbar ist übrigens dieser Antrag mit dem Beschluß auf Zurückweisung des Antrags auf Anwendung des § 309 StPO. abgelehnt, wenn das auch nicht wörtlich zum Ausdruck kam. (Urt. des I. StS. vom 4. Dezember 1913, 1 D 760/13). E.

3274

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Uebernimmt bei einem Kaufvertrage der Käufer die Zuwachssteuer ganz oder zum Teile, so erhöht sich der Kaufpreis, aus dem Gebühren und Zuwachssteuer zu entrichten sind, um die übernommene Zuwachssteuer (ZuwStG. §§ 1, 24, 29; BGB. § 449; GebG. Art. 186 Abs. 2). Laut notarieller Urkunde verkaufte die Aktiengesellschaft J. M. einen Bauplatz an B. um 22 070 *M*. Die Kosten sowie die Gebühren und Steuern einschließlich der Reichswertzuwachssteuer übernahmen die Vertragsteile je zu ½. Der Notar setzte die Gebühren aus 22 070 *M* an. Nach der Vermessung wurde eine Erhöhung des Kaufpreises um 225.60 *M* vereinbart. Auch aus diesem Betrage wurden die Gebühren berechnet. Die Regierungsfinanzkammer ordnete die Nachholung von 38,40 *M* Gebühren an (20.90 *M* nach Art. 146 GebG., 10.40 *M* örtliche Besitzveränderungsabgabe und 7.10 *M* Reichsstempelabgabe), weil der von dem Käufer übernommene Betrag der Zuwachssteuer als eine weitere Leistung für die Ueberlassung des Grundstücks dem Kaufpreis zuzurechnen sei. Die Beschwerde wurde vom LG. zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Gründe: Das LG. hat zutreffend angenommen: Darin, daß der Käufer die Zuwachssteuer oder einen Teil dem Verkäufer gegenüber übernimmt, liege eine Gegenleistung, die der Käufer an den Verkäufer zu bewirken hat; diese Leistung bilde also einen Teil des Kaufpreises und damit der Gegenstandssumme i. S. des Art. 145 GebG. Nach § 29 ZuwStG. hat die Zuwachssteuer zu entrichten, wem das Eigentum vor dem die Steuerpflicht begründenden Vorgange zustand. Nur wenn die Steuer von dem Veräußerer nicht beigetrieben werden kann, haftet der Erwerber für sie bis zum Betrage von 2% des Veräußerungspreises (Abs. 2 des § 29); der Erwerber ist aber selbstverständlich dem Veräußerer gegenüber ersatzberechtigt. Gegenstand der Zuwachssteuer ist der bei dem Uebergange des Eigentums festzustellende Wertzuwachs, der ohne Zutun des Eigentümers entstanden ist (§ 1). Schuldner ist der Veräußerer. Verpflichtet sich der Erwerber, dem Veräußerer den Steuerbetrag ganz oder teilweise zu ersetzen oder für ihn zu zahlen, so ist dies eine weitere Gegenleistung für die Ueberlassung des Grundstücks. Der Erwerber übernimmt eine dem Veräußerer obliegende Leistung und um den Wert dieser Leistung erhöht sich das Maß seiner Aufwendungen auf den Erwerb des Grundstücks. Unrichtig ist die Annahme der Beschwerdeführerin, die Verpflichtung zur Zahlung der Zuwachssteuer entstehe erst durch und infolge des Veräußerungsvertrags und die Uebernahme einer solchen Verpflichtung, insbesondere einem Dritten, hier dem Staate, gegenüber könne nicht Teil der Kaufpreisvereinbarung sein. Die Verpflichtung zur Zahlung der Zuwachssteuer entsteht nicht durch und infolge des Veräußerungsvertrags, die Zuwachssteuer wird nur bei dem Eigentumswechsel für den seit dem letzten Eigentumsübergang ohne Zutun des Eigentümers entstandenen Wertzuwachs fällig. Zahlen muß sie der Veräußerer. Der Erwerber hat nicht dem Fiskus gegenüber, sondern dem Veräußerer gegenüber die Verpflichtung zur teilweisen Zahlung der Steuer übernommen. Unzutreffend ist auch die Behauptung, der von dem Erwerber zu leistende Betrag komme nicht in das Vermögen des Verkäufers, sondern in das Vermögen des Staates. Denn durch die Leistung des Erwerbers an den Staat wird das Vermögen des Veräußerers um den von dem Erwerber gezahlten Betrag der Steuer vermehrt.

Wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber eine diesem obliegende Verpflichtung zur Zahlung eines Unterhändlerlohns oder einer Vertragsstrafe übernimmt, so sind diese Leistungen bei der Bewertung dem Kaufpreis ebenso zuzurechnen (vgl. JW. 1892 S. 344[38]), wie die von dem Erwerber übernommene Zuwachssteuer. Die Annahme, solche Leistungen könnten keinen Kaufpreisbestandteil bilden, kann auch nicht daraus gefolgert werden, daß der Kaufpreis nicht ermäßigt wird, wenn umgekehrt der Verkäufer dem Käufer obliegende Leistungen übernimmt. Denn in diesen Fällen bildet eben, wenn nichts anderes vereinbart ist, der vereinbarte Kaufpreis die Gegenleistung für die Leistungen des Verkäufers. Verfehlt ist deshalb auch der Hinweis darauf, daß, wenn der Verkäufer die Verpflichtungen übernimmt, die nach § 449 BGB. an sich den Käufer treffen — nämlich die Kosten der Auflassung, der Eintragung und der Beurkundung — diese Leistungen nicht eine Ermäßigung des Kaufpreises seien. Dazu kommt, daß die im § 449 BGB. erwähnten Kosten und die Zuwachssteuer verschieden sind. Erstere entstehen durch die Veräußerung, an ihnen sind der Käufer und der Verkäufer gleichmäßig beteiligt; übernimmt der Verkäufer einen Teil der Kosten des Verkaufs, so handelt er auch in seinem eigenen Interesse. Die Zuwachssteuer soll aber gerade den bisherigen Eigentümer, den Veräußerer, mit Rücksicht auf den unverdienten Wertzuwachs treffen. Der Erwerber wird durch diesen Wertzuwachs nicht berührt; die Uebernahme der Zuwachssteuer durch ihn kann daher nur als eine Gegenleistung für das Grundstück aufgefaßt werden. Wenn die Zahlung der Zuwachssteuer von dem Erwerber übernommen wird, ist nach § 24 ZuwStG. ein nach den sonstigen Vorschriften des Gesetzes berechneter Steuerbetrag dem Veräußerungspreise hinzuzuzählen und hiernach die Steuer festzusetzen. Der Gesetzgeber ist also auch hier von der Erwägung ausgegangen, daß die Uebernahme der Zuwachssteuer durch den Erwerber den Veräußerungspreis erhöht und daß die übernommene Zuwachssteuer und der angegebene Ver-

äußerungspreis den Wert des Grundstücks darstellen. Diese Erwägungen treffen aber auch für die Bewertung nach Art. 146 GebG. zu. Es handelt sich somit hier nicht um eine Verbindlichkeit, welche nur Bedingung (Nebenbestimmung) des Hauptvertrags ist (Art. 186 Abs. 2 GebG.), sondern um eine den Kaufpreis erhöhende weitere Leistung. (Beschl. des II. ZS. vom 29. Dezember 1913, Reg. V 45/1913). W.

3302

II.

Haftet der Vater eines minderjährigen vermögenslosen Kindes für die Gebühren und Auslagen in einem Rechtsstreite des Kindes? (BGB. § 1654, GKG. § 92). Aus den Gründen: Ueber die Auslegung des § 1654 BGB. herrscht Streit. Noch in dem Beschlusse des OLG. Hamburg v. 11. Juni 1912 (SeuffA. Bd. 68 Nr. 17, OLGRspr. Bd. 25 S. 287) wird die Auffassung bekämpft, nach dem § 1654 habe der Vater die Kosten eines für das Kind geführten Rechtsstreits nur zu tragen, wenn er Vermögen des Kindes in Händen hat. Der Streit ist nicht neu. Schon unter der Herrschaft des PreußLR. wurde der Satz aufgestellt, der Vater habe die Kosten eines für das Kind geführten Rechtsstreits aus eigenen Mitteln zu tragen, soweit das von ihm vertretene Kind Vermögen nicht besitzt (vgl. Dernburgs Lehrbuch des PreußPrR. III § 55 N. 21). Sydow (DGerZ. 1860 S. 107) sprach dagegen die Ansicht aus, daß der Vater zwar als Nießbraucher des unfreien Vermögens die Kosten eines Rechtsstreits über die Substanz des Vermögens aus diesem vorschießen müsse, daß er im übrigen aber nicht persönlich haftbar werde, sofern er für das Kind prozessiert. Dernburg a. a. O. billigt die letztere Meinung hauptsächlich deshalb, weil eine der Vorschrift des LR. Teil II Tit. I § 187 (Verpflichtung des Mannes in Ansehung der die Frau treffenden Prozeßkosten) entsprechende Bestimmung für die Kinder nicht getroffen sei.

Auch in dem § 1654 BGB., der in Satz 2 die Haftung des Vaters nach den für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften der §§ 1384—1386, 1388 bestimmt, ist gerade der § 1387 nicht erwähnt, der die unbedingte Verpflichtung des Mannes zur Tragung der Kosten eines Rechtsstreits der Frau aufstellt. Dies rechtfertigt den Schluß, daß der Gesetzgeber keine von dem Vorhandensein eines der Nutznießung des Vaters unterliegenden Vermögens unabhängige Verpflichtung zu begründen gedachte. Aber auch in dem sonstigen Inhalte des § 1654 tritt der Wille des Gesetzgebers erkennbar zutage. Weil dem Vater kraft der elterlichen Gewalt die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zusteht, hat er auch die Lasten zu tragen (Satz 1). Dazu gehören die Kosten eines Rechtsstreits für das Kind, sofern sie nicht dem freien Vermögen zur Last fallen (Satz 3). Immer ist es also die Nutznießung, die wie von Vorteilen, so auch von Nachteilen für den Vater begleitet ist. Den Vater trifft die Verpflichtung zur Tragung von Prozeßkosten für das Kind nicht, wenn es an einem seiner Nutznießung unterworfenen Vermögen fehlt. So hat auch das Reichsgericht in dem Beschlusse vom 22. Januar 1912 entschieden, wobei es den aus der Entstehungsgeschichte für eine andere Auslegung des § 1654 entnommenen Schlußfolgerungen angesichts des klaren Wortlauts jede Bedeutung versagt (RGSt. 45, 407; BayZfR. 1912 S. 194). Der Ansicht des Reichsgerichts und ihrer Begründung hat sich auch das OLG. München in dem Beschlusse vom 12. Dezember 1912 1912 (SeuffA. Bd. 68 Nr. 101) angeschlossen und seine frühere gegenteilige Meinung aufgegeben. Auf den gleichen Standpunkt hat sich das Kammergericht in seinem Gutachten vom 20. Juni 1913 gestellt (vgl. PreußJMBl. S. 451 ff.). (Beschl. des II. ZS. vom 9. Februar 1914, Reg. I, 88/1912). W.

3277

B. Straffachen.

I.

Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit einer nach dem Art. 67 Abs. 2 PStGB. angeordneten Maßregel. Ein Bezirksamt erließ folgende Verfügung: „Die durch die landwirtschaftliche Versuchsstation vorgenommene Untersuchung der Brunnen folgender Personen hat ergeben, daß sämtliche Wasser Beimengungen zeigen, die nur von Verunreinigungen durch menschliche oder tierische Ausscheidungen herrühren können und daher gesundheitsschädlich sind. Es wird deshalb im Einvernehmen mit dem Bezirksarzte gemäß Art. 67 Abs. 2 PStGB. jede weitere Benützung des Wassers dieser Brunnen als Trinkwasser und als Gebrauchswasser im Haushalt und im Gewerbebetriebe verboten.“ Das wurde den Brunnenbesitzern mit dem Bemerken eröffnet, daß sie im Falle einer Uebertretung Strafanzeige und Unbrauchbarmachung der Brunnen zu gewärtigen haben. Die Angeklagten benützten trotzdem das Wasser nach wie vor. Die Angeklagten wurden von dem BG. freigesprochen, weil der Vorschrift des Art. 67 Abs. 2 PStGB. zuwider in dem Verbote die Krankheiten nicht benannt sind. Die Revision des Staatsanwalts wurde verworfen.

Aus den Gründen: Art. 67 Abs. 2 PStGB. spricht allgemein von Sicherheitsmaßregeln und nicht bloß von solchen, die durch Polizeivorschriften im engeren Sinne — Art. 1 Abs. 1 PStGB. — angeordnet werden. Es fallen also darunter auch polizeiliche Anordnungen, Gebote oder Verbote an einzelne Personen oder in bestimmten Fällen (Art. 1 Abs. 3 PStGB.). Auch für solche Anordnungen gilt § 21 Abs. 2 VO. v. 4. Januar 1872. Die Verfügung des BezA. ist nicht eine distriktspolizeiliche Vorschrift i. S. des Art. 1 Abs. 1 PStGB., sondern ein Verbot an einzelne Personen in einem bestimmten Falle, für das keine besondere Art der Bekanntmachung vorgeschrieben ist (ObLGSt. 7 S. 326). Nach Art. 15 PStGB. ist zu prüfen, ob sich die Anordnung innerhalb des Rahmens des Art. 67 Abs. 2 PStGB. bewegt. Daß die Anordnung des BezA. dazu bestimmt war, der drohenden Gefahr des Eintritts oder der Verbreitung einer ansteckenden oder epidemisch auftretenden Krankheit zu begegnen, kann aus ihrem Inhalte nicht entnommen werden. Denn die Anordnung hebt nur hervor, daß das Wasser gesundheitsschädlich sei. Dieser Umstand allein würde aber das Verbot nicht rechtfertigen. Selbst wenn es eine ausgemachte Sache wäre, daß Wasser, das so verunreinigt ist, wie das in den Brunnen der Angeklagten, eine ansteckende Krankheit erzeugen kann, und daß die Kenntnis dieser Tatsache allgemein verbreitet ist, so zwänge das nicht zu der Annahme, daß die Vorschrift nur zu dem in Art. 67 Abs. 2 PStGB. bezeichneten Zweck erlassen sein kann. Es wird eben im Hinblick auf den tiefen Eingriff in die Verhältnisse der Betroffenen davon ausgegangen werden müssen, daß auch die Erheblichkeit der Gefahr für die Erlassung eines solchen Verbots maßgebend ist. Das StM. des Innern und das StM. f. VA. haben im Einverständnisse mit den übrigen Staatsministerien am 9. Mai 1911 Vorschriften zur Bekämpfung weiterer als der im RG. v. 30. Juni 1900 über die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten bezeichneten gemeingefährlichen Krankheiten erlassen und zwar das StM. des Innern auf Grund des Art. 67 Abs. 2 PStGB. und des § 21 Abs. 2 der VO. vom 4. Januar 1872. In den §§ 8—23 sind die Schutzmaßregeln aufgeführt, die zur Verhütung der Weiterverbreitung gemeingefährlicher Krankheiten getroffen werden können. Nach § 7 Abs. 2 können im einzelnen Falle von den Distriktspolizeibehörden nach Antrag des Bezirksarztes auf Grund des Art. 67 Abs. 2 PStGB. weitergehende Maßregeln erlassen werden. Nach Abs. 4 haben jedoch der Bezirksarzt bei seinen vorläufigen Anordnungen und bei seinen An-

trägen, die Distriktspolizeibehörden bei ihren Anordnungen sich auf unbedingt notwendige Maßregeln zu beschränken, um eine Weiterverbreitung der Krankheit zu verhindern; unter keinen Umständen darf durch Anwendung zu weit gehender Maßregeln unnötig in die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eingegriffen werden. Es wird daher erwartet werden dürfen, daß der Amtsarzt zur Begründung seines Antrags mindestens die Tatsachen ausreichend und zweifelsfrei feststellt, mit denen er nach dem Gesetze gerechtfertigt werden kann, und daß andererseits die Distriktspolizeibehörde nicht unterlassen wird, den Grund und den Zweck ihrer Anordnungen den hievon Betroffenen so vollständig und bestimmt bekannt zu machen, daß kein Zweifel hierüber möglich ist. Wird trotzdem weder in dem Antrage des Arztes noch in der Anordnung der Behörde erwähnt, daß die Anordnung gerade zum Schutze gegen den Eintritt einer ansteckenden Krankheit usw. für geboten erachtet wird, so muß das Bedenken entstehen, ob die Behörde nicht in irriger Auslegung des Art. 67 Abs. 2 PStGB. ihre Befugnis über die gesetzlichen Grenzen ausgedehnt hat. Es muß daher mindestens gefordert werden, daß in der Anordnung ihr Zweck so bestimmt gekennzeichnet ist, daß jeder Zweifel darüber ausgeschlossen ist, ob die Anordnung innerhalb der gesetzlichen zulässigen Grenzen erlassen ist. Das wird am sichersten durch Angabe der Krankheit selbst erreicht werden. Doch wird hierin nicht die einzige Möglichkeit zu finden sein, vielmehr werden die Umstände entscheiden. (Urt. v. 30. Dez. 1913, Rev.-Reg. Nr. 657/13). Ed.

3283

II.

Reisekosten der Gendarmen bei Wahrnehmung eines gerichtlichen Termins. Der Gendarm H. in W. reiste zur Wahrnehmung des auf 11. Juli 1913 vormittags 10½ Uhr in Augsburg anberaumten Termins schon am 10. Juli dorthin und traf am 11. Juli wieder in W. ein; er verlangte als Zeuge neben der Reisekostenentschädigung zu 9 *M* 20 *Pf* für zweitägigen Aufwand 4 *M* und für Uebernachten 2 *M*. Die Strafkammer bewilligte an Reisekosten 9 *M* 20 *Pf* und 2 *M* für eintägigen Aufwand, da er unter teilweiser Benützung des Eilzugs für die Hinreise die Reise an einem Tage hätte machen können. H. legte Beschwerde ein, weil er als Gendarm einen Eil- oder Schnellzug zur Wahrnehmung eines gerichtlichen Termins nicht benützen dürfe. Die Beschwerde wurde verworfen.

Aus den Gründen: Nach der Entschl. des StM. des Innern vom 10. Juni 1897 und nach der Bek. der StM. der Justiz und der Finanzen vom 21. Juli 1899 (JMBl. 1899 S. 331 ff.) erhalten die Gendarmen für die Dienstreisen zur Wahrnehmung gerichtlicher Termine außerhalb ihres Dienstbezirks „gleichviel, ob die Reise zu Fuß oder unter Benützung eines Transportmittels erfolgt, eine Marschkosten-Entschädigung von 5 *Pf* für jeden angefangenen km des Hinweges und des Rückweges und als Entschädigung eine Zulage von 2 *M* täglich, ferner im Falle unvermeidlichen Uebernachtens außerhalb des Dienstbezirks eine Uebernachtungsgebühr von 2 *M* bei Reisen in Bayern, von 3 *M* bei Reisen außerhalb Bayerns". Das StM. der Finanzen hat im Einvernehmen mit den StM. der Justiz und des Innern die Entschl. vom 11. Nov. 1903 Nr. 25868 erlassen, daß „durch die Gewährung der — oben bezeichneten — Kilometergebühr die gleichzeitige Vergütung von Barauslagen für die Benützung eines Transportmittels ausgeschlossen wird und daß daher Gendarmen, die aus Anlaß von auswärtigen zeugschaftlichen Vernehmungen die Eisenbahn benützen, die Kosten der Eisenbahnfahrt, zu welchen auch eine etwaige Ausgabe für Schnellzugszuschlag gehört, aus der ihnen zukommenden Kilometergebühr zu bestreiten haben". In der Entschl. vom 11. Nov. 1903 heißt es weiter: „Sollten Gendarmen aus besonderen Gründen genötigt sein, einen Schnellzug zu benützen, der nur I. und II. Wagenklasse führt und demnach die Kilometergebühr zur Deckung der Fahrtausgabe nicht hinreichen, so stünde kein Hindernis im Wege, daß das Gendarmerie-Korps-Kommando in solchen Fällen behufs Erwirkung einer höheren Vergütung an das StM. des Innern berichtet."

Die in der Entschl. vom 11. Nov. 1903 vertretene Auffassung steht im Einklange mit dem Wortlaut und Zwecke der bezeichneten Entschl. vom 10. Juni 1897 und der Bek. vom 21. Juli 1899; sie wird getragen durch die auch für die Gendarmen noch geltende Vorschrift des § 16 VO. vom 11. Februar 1875, die Aufrechnung der Tagegelder und Reisekosten bei auswärtigen Dienstgeschäften der Beamten und Bediensteten des Zivilstaatsdienstes betreffend (GVBl. S. 105), wornach „alle auswärtigen Dienstgeschäfte rasch und mit möglichster Zeitabkürzung durchzuführen, unnötige Hin- und Herreisen strengstens zu vermeiden und soweit möglich jederzeit mehrere auswärtige Geschäfte bei einer Reise zu verbinden sind". Darnach haben die Gendarmen die aus Anlaß zeugschaftlicher Vernehmungen auszuführenden auswärtigen Dienstgeschäfte unter Benützung von Eil- oder Schnellzügen vorzunehmen, falls dadurch die Reisen in kürzerer Zeit zurückgelegt werden können als durch Benützung von Personenzügen. Sollte aus einem besonderen Anlaß (insbesondere dann, wenn die Benützung eines Eil- oder Schnellzugs notwendig ist, in den Zügen aber Wägen III. Kl. nicht mitgeführt werden) ein Eil- oder Schnellzug I. oder II. Kl. benützt werden müssen, so haben die Gendarmen Anspruch darauf, daß ihnen die durch die Kilometergebühr nicht gedeckte Mehrausgabe zur Zahlung aus der Staatskasse angewiesen werde. Da H. unter teilweiser Benützung des Eilzugs die Hin- und Rückreise an einem Tage hätte ausführen können und hiedurch die Marschkostenentschädigung von 9 *M* 20 *Pf* bei weitem nicht verbraucht wurde, ist die Entscheidung der Strafkammer zutreffend. (Beschl. vom 22. Nov. 1913, Beschw.-Reg. Nr. 373/1913). Ed.

3251

Oberlandesgericht München.

Wirkung der Rechtskraft. Der Gemüsehändler H. war bei St. in Miete. Da er den Mietzins nicht zahlte, behielt St. bei seinem Auszug einen zweiräderigen Handkarren zurück. H. verlangte im Klagwege von St. die Herausgabe, weil der Karren für ihn unentbehrlich sei. Das AG. wies aber seine Klage durch Versäumnisurteil ab und überbürdete ihm die Kosten des Rechtsstreits; das Versäumnisurteil wurde rechtskräftig. St. ließ auf Grund dieses Urteils seine Kosten festsetzen und auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses den Karren pfänden. Auf Einwendungen hob jedoch das AG. die Pfändung als unzulässig auf, weil der Karren für den Schuldner unentbehrlich sei. Auf Beschwerde des Gläubigers beseitigte das LG. den amtsgerichtlichen Beschluß; es nahm an, daß H. zufolge des rechtskräftigen Versäumnisurteils den Einwand der Unentbehrlichkeit nicht mehr vorschützen könne. H. legte die weitere sofortige Beschwerde ein, weil der amtsgerichtliche Rechtsstreit das Vermieterpfandrecht, das gegenwärtige Verfahren aber ein Vollstreckungspfandrecht betreffe, die Rechtskraft des Versäumnisurteils könne seinen Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nicht entgegengehalten werden. Auf weitere Beschwerde wurde der Beschluß des Amtsgerichts wieder hergestellt.

Gründe: Dem LG. ist darin beizupflichten, daß auch die klagabweisenden Versäumnisurteile (§ 330 ZPO.) insoweit der Rechtskraft fähig sind, als über

den durch die Klage geltend gemachten Anspruch entschieden ist (§ 322 ZPO.). Die dem amtsgerichtlichen Versäumnisurteile zugrunde liegende Klage verfolgte aber die Herausgabe des Karrens nicht gegenüber einem vom Gläubiger erwirkten Vollstreckungspfandrechte (§§ 803, 804 ZPO.), sondern gegenüber dem von ihm geltend gemachten Vermieterpfandrechte (§ 559 BGB.). Nur in diesem Umfang ist zwischen den Parteien durch das rechtskräftige Versäumnisurteil festgestellt worden, daß kein Herausgabeanspruch des Klägers besteht. Dem Gläubiger steht nach wie vor frei, auch wegen der Kosten der Rechtsverfolgung (§§ 1257, 1210 Abs. 2 BGB.) sein Vermieterpfandrecht zur Geltung zu bringen; er muß nur hiebei die gesetzlichen Vorschriften beobachten, die teils zu seinen Gunsten, teils zum Vorteile des Schuldners für die Verwertung der Pfandsache gegeben sind (§§ 1257, 1228, 1233 ff. BGB.). Verschafft er sich neben seinem Vermieterpfandrechte noch ein Pfändungspfandrecht, so muß er sich dem letzteren gegenüber alle Einwendungen gefallen lassen, die dem Schuldner gegen eine Zwangsvollstreckung zustehen, er kann sich nicht zu ihrer Zurückweisung auf ein Urteil berufen, das ausschließlich einen sein Vermieterpfandrecht betreffenden Herausgabeanspruch des Schuldners erledigte. Der Schuldner handelt nicht arglistig, wenn er ein Vollstreckungspfandrecht abwehrt und gleichwohl die Ausübung des Vermieterpfandrechts dulden muß, denn diese unterliegt Vorschriften, die auch dem Schuldner in mancher Hinsicht eine günstigere Rechtsstellung als beim Vollstreckungspfandrecht einräumen. Durch Ausübung eines unzulässigen Vollstreckungspfandrechts darf ihm diese Rechtsstellung nicht geschmälert werden. (Beschl. des IV. ZS. v. 10. Februar 1914, Beschw.-Reg. 82/14). D.

3280

Bücheranzeigen.

Weitzenhorn, Bankdepotgesetz § 8 mit besonderer Berücksichtigung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht. 8°. 76 S. München 1914, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Preis Mk. 2.20.

Die Monographie bietet mehr als der Titel verspricht. Denn der Verfasser beschränkt sich nicht darauf, in begrüßenswerter Weise eine systematische Gliederung des Inhalts des § 8 des Gesetzes zu geben, sondern bietet eine systematische Darstellung des ganzen Inhalts des Depotgesetzes, wobei er unter Darlegung der wirtschaftlichen Bedeutung des Depotvertrages (S. 12) die verschiedenen Arten des Depots nicht nur aufzählt, sondern auch erläutert (S. 14 ff., 23). Er unterstellt (S. 13) in Uebereinstimmung mit Staub und Riesser den „Schrankfachvertrag" den Regeln des Verwahrungsvertrags; diese Auffassung dürfte den dabei in Betracht kommenden Besonderheiten nicht ganz entsprechen. Der abweichenden Auffassung Heinricis (s. auch Bacharach bei Holdheim 1913 S. 257) dürfte der Vorzug zu geben sein. Streitfragen z. B. S. 17, 28, 33 (Bedeutung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts), 61 (Einfluß des Konkurses des Provinzbankiers) werden unter eingehender Berücksichtigung der Literatur und Rechtsprechung behandelt. Insbesondere ist wegen Hervorhebung und Begründung des Zusammenhangs von besonderem und allgemeinem Recht dem jungen Juristen, der den hier in Frage kommenden Erscheinungen des wirtschaftlichen und Rechtslebens noch fremd gegenübersteht, die Monographie besonders zu empfehlen.

München. Justizrat Dr. Heinrich Frankenburger.

Eltzbacher, Dr. Paul, Schutz vor der Oeffentlichkeit. Rede bei Uebernahme des Rektorates der Handels-Hochschule Berlin. 48 Seiten. Berlin 1913, Verlag von Franz Vahlen. Preis Mk. 1.—.

Schutz der (oder durch die) Oeffentlichkeit und Schutz vor der Oeffentlichkeit — zwei im heutigen Rechtsleben beliebte Schlagworte, von denen jedes eine berechtigte Forderung ausdrückt; nur darf diese nicht überspannt werden. Verfasser betont die Notwendigkeit einer Verstärkung des Rechtsschutzes unseres Privatlebens vor der Oeffentlichkeit, beschränkt sich aber auf zwei Wege zu dieser Verstärkung: Oeffentliche Mitteilungen aus dem Privatleben entgegen den guten Sitten seien zu verbieten und mit Strafe zu bedrohen; § 847 BGB. sei so zu erweitern, daß bei dieser und allen anderen unerlaubten Handlungen auch der ideelle Schaden zu ersetzen sei. Dem zivilrechtlichen Abänderungsvorschlag ist beizustimmen, weniger dem strafrechtlichen, der m. E. fast ebenso unglücklich ist wie das sog. Indiskretionsdelikt des Kommissionsentwurfs zu einem Deutschen StGB. von 1913. Ist denn heutzutage alles Heil beim Strafrichter? — Dr. Doerr.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Die Beiträge zur Kranken-, Invaliden- und Angestelltenversicherung. Die gem. MinBek. vom 3. Februar 1914 (JMBl. S. 17) regelt nur die Frage, wie die Beiträge für die im Dienst oder Betrieb des Staates beschäftigten Versicherungspflichtigen zu zahlen, der auf die Versicherungspflichtigen treffende Anteil einzuziehen und der auf die Staatskasse treffende Anteil zu verrechnen ist. Als Grundsatz wird dabei aufgestellt, daß die der Staatskasse zur Last fallenden Beiträge jeweils auf den gleichen Etatstitel zu verrechnen sind, wie die Belohnung des Beschäftigten selbst, also z. B. bei Aushilfsschreibern und Hilfsaufsehern auf den Etat für Geschäftsaushilfe, bei einem Hilfsheizer auf den Etat für Geschäftsbedürfnisse oder Geschäftsaushilfe. Mit Rücksicht hierauf mußte die Vorschrift im Schlußsatze der Ziff. IV der Bekanntmachung vom 29. Dezember 1912 (JMBl. S. 354) aufgehoben werden.

Bei der Verrechnung wird als Regel vorausgesetzt, daß nur der gesetzlich bestimmte Anteil an den Beiträgen auf die Staatskasse übernommen wird. Abweichende Anordnungen können für den Geschäftsbereich der Justizverwaltung nur vom Ministerium getroffen werden; soweit solche schon bestehen, bleiben sie bis auf weiteres wirksam.

Vertretung des Reichsfiskus. Im Zentralblatt für das Deutsche Reich Nr. 11 des laufenden Jahres wurde eine neue Nachweisung derjenigen Behörden und Personen bekannt gegeben, die im Geltungsbereich der Preußischen Militärverwaltung bei der Pfändung des Diensteinkommens von Offizieren, Sanitätsoffizieren (Militärärzten), Veterinäroffizieren und von Beamten der Militärverwaltung, ferner bei der Pfändung der Pensionen dieser Personen und der Pfändung der aus Militärfonds fließenden Gebührnisse der Hinterbliebenen von Personen des Soldatenstands und von Beamten der Militärverwaltung den Reichs-(Militär-)Fiskus als Drittschuldner im Sinne der §§ 829 ff. ZPO. vertreten. Ebendort wurde eine Ergänzung der für den Geschäftsbereich der K. Sächsischen Militärverwaltung geltenden Nachweisung bekannt gegeben, die im Zentralblatt 1906 S. 1245 veröffentlicht ist.

3275

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, K. I. Staatsanwalt im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Nr. 8. München, den 15. April 1914. 10. Jahrg.

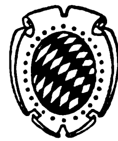
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Eigentumsverhältnisse beim Bau auf der Grenze.

Von Reichsgerichtsrat L. Busch in Leipzig.

In der Abhandlung „Eigentum am Ueberbau" auf S. 58 ff. dieser Zeitschrift verteidigt Schmitt gegenüber der herrschenden Lehre die von Staudinger (Riezler) in Erl. 7 zu § 94 vertretene Ansicht: es sei nicht aus § 95 Abs. 1 Satz 2, sondern aus § 93 in Verbindung mit § 94 Abs. 2 zu entnehmen, daß der über die Grenze seines Grundstücks Bauende im Falle des § 912 BGB. Eigentümer des ganzen Gebäudes sei, und es sei weiter aus §§ 93, 94 Abs. 2 zu folgern, daß auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 912 Abs. 1 BGB. nicht gegeben seien, der Bauende Eigentümer des Ueberbaues werde. Aus diesem „Leitsatz" zieht Schmitt ferner Folgerungen, die sich dahin zusammenfassen lassen, daß stets, wenn ein Gebäude auf der Grenze zwischen zwei Grundstücken errichtet werde, das Eigentum am ganzen Gebäude in einer Hand vereinigt sei. Hierzu ist jedoch zunächst zu bemerken, daß für den Fall eines Baues auf zwei aneinanderliegende, dem nämlichen Eigentümer gehörende Grundstücke auch Staudinger (Kober) in Erl. I 2a zu § 912, Erl. 1a zu § 946 in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 65 S. 361; 70 S. 201; 72 S. 272) annimmt, es werde das Gebäude, in der Regel wenigstens, Bestandteil beider Grundstücke nach realen Teilen und, wenn bei einer Zwangsversteigerung die Grundstücke verschiedenen Personen zugeschlagen würden, erwerbe jeder mit dem ihm zugeschlagenen Grundstück auch den darauf stehenden Teil des Gebäudes als wesentlichen Bestandteil gemäß §§ 94 Abs. 1, 946 BGB. zum Alleineigentum. Der Leitsatz und die daraus gezogenen Folgerungen entsprechen aber auch überhaupt nicht den vom BGB. der Verbindung von Sachen mit einem fremden Grundstück beigelegten Wirkungen. Im römischen Recht galt der Grundsatz „superficies solo cedit" in voller Strenge: alle mit einem fremden Grundstück fest verbundenen Sachen, insbesondere auch Gebäude oder Gebäudeteile, gingen in das Eigentum des Grundstückseigentümers über, gleichviel ob der Verbindende wußte, daß das Grundstück ihm nicht gehörte, oder er das Grundstück für sein eigenes hielt, und gleichviel ob er ein Recht zur Verbindung hatte oder er unberechtigt die Verbindung vornahm (vgl. Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 6; Hagena, Grenzüberbau, S. 2). Auch für den Fall des Grenzüberbaues gab es eine Ausnahmebestimmung nicht. Demgemäß wurde der Ueberbau Eigentum des Eigentümers des überbauten Grundstücks, während der andere Gebäudeteil im Eigentum des Ueberbauenden stand (vgl. Enneccerus-Wolff, BGB. Bd. 2 S. 143, Hagena a. a. O.). In einigen neueren Gesetzgebungen (vgl. Pr. ALR. §§ 340, 341 I 9, Württemb. BauO. von 1872 Art. 72) dagegen wurde für diesen Fall umgekehrt dem Ueberbauenden nicht nur der Ueberbau, sondern auch der überbaute Grund und Boden zum Eigentum zugewiesen, sofern ähnliche Voraussetzungen vorlagen, wie sie § 912 Abs. 1 BGB. erfordert (vgl. Wolff a. a. O. S. 20). Auf diese Gesetzgebungen Bezug nehmend bemerken die Motive zu §§ 857 ff. (§§ 912 ff. BGB.) Bd. 3 S. 283: „Wenn die strenge Durchführung der Eigentumskonsequenzen zu einer Trennung von Sachverbindungen führen würde, welche die verbundenen Sachen zerstört, so kann das bürgerliche Recht im öffentlichen Interesse an der Verhütung einer derartigen wertvernichtenden Zerstörung einen genügenden Anlaß finden, die regelmäßigen Eigentumskonsequenzen zu mobifizieren. Die Vorschriften des Entwurfes über die wesentlichen Bestandteile (§§ 784—786; jetzt § 94 Abs. 1 Satz 2, § 95 BGB., Art. 65 EG.), und über Verbindung, Vermischung und Verarbeitung (§§ 890—897; jetzt §§ 946—951 BGB.) enthalten derartige Mobifikationen. Bei dem Bau auf fremdem Grund und Boden gibt die Durchführung des Eigentumsanspruches den Anlaß zur wirtschaftlich

schädlichen Auseinanderreißung wesentlicher Bestandteile vermöge des jus tollendi (§ 936 Abs. 3; jetzt § 997 BGB.). Die Verhütung dieses Resultates durch Behandlung des Bauenden als Spezifikanten und Umkehrung des Satzes superficies solo cedit bleibt ausgeschlossen, weil man hierdurch mit den Grundprinzipien des Immobiliarrechts in Widerspruch treten würde. Aber in dem Falle des Grenzüberbaues, in welchem die strenge Geltendmachung der Eigentumskonsequenzen mit besonderen Härten verbunden sein würde, ist eine Abhülfe möglich. . . . In den Mitteln der Abhülfe geht der Entwurf nur soweit, als das Bedürfnis erfordert." — Beurteilt man von der in dieser Bemerkung dargelegten Auffassung aus die angezogenen Gesetzesstellen und zieht man ferner in Betracht die Vorschriften des § 923 BGB. über den Grenzbaum sowie die Bemerkung der Motive dazu Bd. 3 S. 277: „Aus dem Begriffe der Grenze ergibt sich, daß dieselbe, indem sie die festen kohärrierenden Bestandteile der Grundstücke, Erdboden, Gestein, Gebäude, durchschneidet, die auf beiden Seiten der Grenze liegenden Stücke dem einen und dem anderen Grundstücke zuteilt, daß also die Eigentümer der so zugeteilten Stücke trennungsberechtigt sind", so läßt sich deutlich erkennen, welche Wirkungen nach BGB. die Verbindung von Sachen, insbesondere von Gebäuden, mit fremden Grundstücken hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse hat: Das BGB. steht grundsätzlich auf dem Standpunkt des römischen Rechtes, daß das Verbundene, mag es auch ein Gebäude oder ein Teil eines Gebäudes sein, Eigentum des Eigentümers des fremden Grundstücks wird. Dies folgt freilich nicht oder doch nicht allein aus § 93 BGB. Aus der hier gegebenen Bestimmung in Verbindung mit § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB. ergibt sich zwar, daß Sachen, die mit einem Grundstück fest verbunden und also wesentliche Bestandteile des Grundstücks geworden sind, nicht im Sondereigentum sein können; dagegen nicht, in wessen Eigentum das Ganze steht (vgl. Mot. Bd. 3 S. 357). In letzterer Hinsicht enthält § 946 die maßgebende Bestimmung. Daraus ist im Zusammenhalt mit §§ 93, 94 Abs. 1 Satz 1 zu entnehmen, daß sich das Eigentum an dem fremden Grundstück auf jene verbundenen Sachen erstreckt und das bisherige Eigentum an den Sachen untergeht. Ob bewegliche Sachen je für sich allein oder zusammen mit anderen Sachen dem Grundstück einverleibt werden, macht nach dem Gesetz hinsichtlich Erstreckung des Eigentums keinen Unterschied. Daher werden, wenn auf fremdem Grundstück ein Gebäude oder ein Gebäudeteil errichtet wird, sämtliche Baumittelstücke und somit auch das Gebäude oder der Gebäudeteil, die daraus hergestellt worden sind, im Ganzen Eigentum des Grundstückseigentümers. Ferner wirkt die vereinigende Kraft des Eigentums bei jedem Grundstück bis zu dessen Grenzlinien dergestalt, daß alle im obigem Sinne mit dem Grundstück innerhalb dieser Grenzlinien verbundenen Sachen jenem Eigentum unterliegen, und zwar sind dabei die Grenzlinien, da das Recht des Eigentümers eines Grundstücks gemäß § 905 sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche erstreckt, senkrecht in die Höhe und in die Tiefe gerückt zu denken. Dies hat auch, wenn jemand ein Gebäude auf der Grenze zwischen zwei fremden Grundstücken, die verschiedenen Personen gehören, errichtet, von den mit den einzelnen Grundstücken bis zu der Grenze verbundenen Baumittelstücken und sonach von den auf den einzelnen Grundstücken stehenden Gebäudeteilen zu gelten. Zwar bestimmt § 947, daß, wenn bewegliche Sachen miteinander dergestalt verbunden werden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, die bisherigen Eigentümer Miteigentümer dieser Sache werden, sowie, daß, wenn eine der Sachen als die Hauptsache anzusehen ist, ihr Eigentümer das Alleineigentum erwirbt, und die zur Herstellung jenes Gebäudes auf der Grenze eingefügten und miteinander verbundenen Baumittelstücke sind nach § 94 Abs. 2 wesentliche Bestandteile des sich als eine einheitliche Sache darstellenden Gebäudes. Aber im Augenblick der Verbindung mit den Grundstücken sind die Baumittelstücke gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 aus beweglichen Sachen zu Grundstücksteilen geworden; daher können auf sie, wiewohl sie wiederum miteinander vereinigt werden und aus ihnen ein Gebäude, eine einheitliche Sache, hergestellt wird, die nur die Verbindung beweglicher Sachen miteinander betreffenden Bestimmungen des § 947 keine Anwendung finden. Demnach steht in dem genannten Falle das auf der Grenze errichtete Gebäude weder im Eigentum desjenigen, der mit den ihm gehörig gewesenen Baumittelstücken das Gebäude erbaut hat, noch im Miteigentum der beiden Grundstückseigentümer, noch, wenn sich etwa auf einem der beiden Grundstücke der größere Teil des Gebäudes befindet, im Alleineigentum des Eigentümers dieses Grundstücks, sondern jeder der beiden Grundstückseigentümer ist Alleineigentümer des auf seinem Grundstück stehenden Gebäudeteils bis zur Grenzlinie (vgl. RGE. Bd. 65 S. 363; 70 S. 201, Jur. Woch. 1911 S. 211, 366, Planck Anm. 4 zu § 94, Tobias im ArchZivPrax. Bd. 94 S. 424; and. Mein. Heilborn, Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung S. 103, Waller in Jur. Woch. 1909 S. 747, die in einem solchen Falle Miteigentum der Grundstückseigentümer annehmen, auch die Urteile der Oberlandesgerichte in Rechtspr. Bd. 13 S. 311, in Jur. Woch. 1912 S. 1037).

Eine Ausnahme von dem oben aufgestellten Grundsatze gilt nach BGB. nur, wenn mit einem fremden Grundstück Sachen zu einem vorübergehenden Zweck oder Gebäude oder andere Werke in Ausübung eines Rechtes an dem Grundstück von dem Berechtigten verbunden worden sind, weil dann gemäß § 95 Abs. 1 das Verbundene nicht Bestandteil des Grundstücks wird und daher

§ 946 nicht Platz greift. Deshalb gehört, wenn ein Gebäude auf der Grenze zwischen zwei fremden Grundstücken von jemandem nur zu einem vorübergehenden Zweck (z. B. von einem Pächter der beiden Grundstücke nur für die Dauer des Pachtverhältnisses, vgl. RGE. 55, 284; 59, 20; 63, 421; JurW. 1904 S. 336 Nr. 1, 1912 S. 129 Nr. 2) errichtet wird, das ganze Gebäude dem Erbauenden, gleichviel ob die Grundstücke im Eigentum verschiedener Personen oder der nämlichen Person stehen. Ferner ist, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, dem zugleich ein dingliches Recht am fremden Nachbargrundstück (z. B. ein Nießbrauchsrecht) zusteht, in Ausübung seines Eigentums und des Rechtes ein Gebäude auf der Grenze der beiden Grundstücke errichtet hat, er der Eigentümer des ganzen Gebäudes, gleichviel ob auf seinem Grundstück und auf dem Nachbargrundstück das Gebäude zu gleichen Teilen steht oder ob auf dem einen oder dem anderen Grundstück sich der größere Teil des Gebäudes befindet. Denn der Gebäudeteil auf dem Nachbargrundstück ist nicht Bestandteil des Grundstücks, daher kommt dieser Grund und Boden für das Eigentum am Gebäude rechtlich ebensowenig in Betracht, wie z. B. beim Hinüberbauen eines Erkers in den Luftraum über einem Nachbargrundstück, und das Gebäude ist mit dem Grundstück des Erbauenden, wenn auch nur zum Teil, fest verbunden, also gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks. Gleiches gilt auch dann, wenn ein Bau auf der Grenze nach Maßgabe des § 912 Abs. 1 stattgefunden hat. Denn auch in diesem Falle trifft auf den Gebäudeteil, der auf dem Nachbargrundstück errichtet worden ist, § 95 Abs. 1 Satz 2 unmittelbar zu. Zwar spricht § 912 Abs. 1 nur aus, daß bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen der Nachbar den Ueberbau zu dulden hat. Aber daraus folgt nicht, daß dem Nachbar lediglich eine die Abwehr des Eingriffs gemäß §§ 903, 1004 ausschließende Beschränkung seines Eigentums auferlegt worden und die Befugnis des Bauenden zum Halten des Gebäudeteils auf dem Nachbargrundstück nur als die Kehrseite der Eigentumsbeschränkung zu erachten ist (wie Schmidt in Bayr. NotZ. 1907 S. 53 meint). Vielmehr ist, da die Duldungspflicht eine Anlage betrifft und dadurch das Nachbargrundstück dauernd zugunsten des jeweiligen Eigentümers des anderen Grundstücks in ähnlicher Weise belastet ist, wie wenn eine Grunddienstbarkeit mit diesem Inhalt gemäß § 1018 bestellt worden wäre, die genannte Befugnis als ein beim Vorliegen eines gewissen Tatbestandes kraft Gesetzes entstehendes Recht an dem fremden Nachbargrundstück anzusehen. Dieses Recht ist zwar nicht (mit Wolff a. a. O. S. 132) als gesetzliche Grunddienstbarkeit aufzufassen, da es hinsichtlich der Voraussetzungen und der Fortdauer (vgl. § 914 Abs. 1) seinen eigenen Regeln folgt, auch nicht (mit Enneccerus-Wolff a. a. O. S. 145) als ein Teil des Eigentumsinhalts, da das Eigentum sich nicht über die Grundstücksgrenzen hinaus erstrecken kann; wohl aber (mit den Mot. 3, 283, Planck Anm. 4 zu § 95) als ein eigenartiges gesetzliches Recht mit einem einer Grunddienstbarkeit ähnlichen Inhalt. Es entsteht in dem der Grenzüberschreitung nachfolgenden Zeitpunkt, bis zu dem der Nachbar mit Wirksamkeit Widerspruch erheben konnte. Ist demnächst der hinüberreichende Gebäudeteil auf dem Nachbargrundstück errichtet, so ist er, wie die Mot. 3, 387 mit Recht bemerken, im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 2 in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden (vgl. RGE. 72, 272; 83, 142). Liegt aber auch nur eine der aus § 912 Abs. 1 sich ergebenden Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtes nicht vor, ist der Bauende nicht Grundstückseigentümer, sondern z. B. nur Nießbraucher, oder ist das Errichtete nicht ein Gebäude, sondern z. B. nur eine Mauer (vgl. Mot. 3, 284 gegen Enneccerus-Wolff a. a. O. S. 143, die § 912 entsprechend anwenden wollen), oder fällt dem Bauenden Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last oder hat der Nachbar vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben, und ist auch sonst nicht ein Fall gegeben, auf den eine der Bestimmungen des § 95 Abs. 1 anzuwenden ist, so wird der auf dem Nachbargrundstück errichtete Teil des Baues Eigentum des Nachbars und steht der andere Bauteil und nur dieser im Eigentum des Bauenden, so daß das Ganze durch eine auf der Grenzlinie errichtet zu denkende Schnittfläche dem Eigentumsrechte nach geteilt ist. Das Gesetz hat, wie die oben angeführten Bemerkungen der Motive klar ergeben, von dem Grundsatz des § 946, daß die mit einem fremden Grundstücke fest verbundenen früher beweglichen Sachen von dem Eigentum am Grundstück ergriffen werden, weitere Ausnahmen, als die aus § 95 Abs. 1 und § 912 Abs. 1 folgenden, nicht zulassen wollen, insbesondere auch nicht hinsichtlich Bauten auf der Grenze. Soweit der Verbindende zufolge des Grundsatzes einen Rechtsverlust erleidet, stehen ihm die Rechtsbehelfe aus § 951 zu. Diese Auffassung hat den Vorzug, daß auch bei solchen Bauten auf der Grenze, auf welche die genannten Ausnahmebestimmungen keine Anwendung finden, die Eigentumsverhältnisse sich mit Sicherheit feststellen lassen, während, wenn man (mit Schmitt a. a. O.) das Eigentum am ganzen Bau dem Grundstück zuweisen wollte, auf dem der Hauptteil, der oft nur unsicher zu bestimmen sein wird, sich befindet, die Eigentumsverhältnisse ins Ungewisse gestellt würden. Allerdings bestehen bei derartigen Bauten zufolge der Teilung des Eigentums Schwierigkeiten, namentlich hinsichtlich der Begrenzung der Verfügungsmacht bezüglich der einzelnen Teile (vgl. RGE. 70, 206). Aber solche Schwierigkeiten würden, auch wenn man (mit Heil-

born und Waller a. a. O.) Miteigentum der Nachbarn an den Bauten annehmen wollte, nicht minder gegeben sein, besonders in Anbetracht dessen, daß der Grund und Boden bis zur Grenze auch nach dieser Ansicht im Alleineigentum eines jeden der Nachbarn stehen würde. — Hervorzuheben ist andererseits jedoch, daß die Ansicht (Schmidt, BayNotZ. S. 54), auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des §912 Abs. 1 falle der Ueberbau in das Eigentum des Nachbars, ebensowenig zutreffend ist, wie die Ansicht (Schmitt a. a. O. S. 60), daß, wenn der Ueberbau den Hauptteil des Gebäudes bilde, das ganze Gebäude Eigentum des Nachbars werde. Vielmehr gehört, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 912 Abs. 1 gegeben sind, gemäß obigen Ausführungen, insbesondere weil der Grund und Boden des Nachbargrundstücks rechtlich wegzudenken und nicht nur der mit dem anderen Grundstück unmittelbar verbundene Gebäudeteil sondern auch der mit diesem zu einer einzigen Sache vereinigte Ueberbau Bestandteil des anderen Grundstücks ist, das ganze Gebäude dem Bauenden, auch dann, wenn sich auf seinem Grundstück nur der kleinere Teil befindet (vgl. Enneccerus-Wolff a. a. O. S. 144; RGE. 83, 142, wo jedoch die Frage in letzterer Hinsicht unentschieden gelassen ist).

Unwirksamkeit und Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

Von Oberlandesgerichtsrat **Dr. Wilhelm Silberschmidt** in Zweibrücken.

(Schluß).

III. Die Rechtsordnung verfügt die Nichtigkeit für den Fall, daß die von ihr für die Wirkung des Rechtsgeschäfts aufgestellten Bedingungen nicht eingehalten oder sonstige Vorschriften übertreten werden. Es kann sich dabei um gestattende, gebietende und verbietende Gesetze handeln, das Rechtsgeschäft kann an sich verboten werden oder nur in bestimmten Teilen oder gegenüber bestimmten Personen (vgl. Sterio, Delle nullità delle obligazioni im Archivio giuridicho, Bd. 56 [1896] S. 181 f.). Als Abwehrmaßregel kann die Unwirksamkeit von Verletzungen des Gesetzes ausgesprochen werden. Aber das Gesetz muß deshalb nicht in jedem Falle die Nichtexistenz oder die Nichtigkeit eines entgegenstehenden Rechtsgeschäfts aussprechen. Es kann sich mit einer auf das Verlangen bestimmter Personen auszusprechenden, mit einer auf eine gewisse Zeit oder auf einen Teil des Geschäfts beschränkten, durch gewisse Umstände bedingten Nichtigkeit begnügen, es kann die unheilbare Nichtigkeit auf eine heilbare ermäßigen und es kann sich auch mit einer Unwirksamkeit begnügen, die nur in der Unklagbarkeit des an sich erworbenen Anspruchs besteht.

1. Was zunächst diese unklagbaren Ansprüche betrifft (vgl. Reichel in JheringsJ. 59, 432), so kann

a) wie bei Spiel, Wette und Differenzgeschäft (§§ 762—764) der Schutz des Gläubigers auf die soluti retentio beschränkt und eine Verbindlichkeit ausgeschlossen oder

b) jedes Mittel gerichtlicher oder außergerichtlicher Geltendmachung wie bei §§ 1966 BGB. und 118 GewO. versagt oder die Geltendmachung, wie bei erlaubten Börsengeschäften von Nichtkaufleuten auf die Fälle des § 56 Börs.G., beschränkt sein, es kann aber auch

c) wie nach §§ 1394 und 1001 BGB. sowie § 50 Abs. 2 ZPO. das Klagerecht entzogen sein, zeitweilig oder dem nicht rechtsfähigen Verein.

Hiernach handelt es sich auch in diesen Fällen der Unwirksamkeit oder verringerten Wirksamkeit um Mängel in den Geltungsvoraussetzungen, die sich als Abschwächungen des weitestgehenden Mittels, der Nichtigkeit, darstellen. Eine weitere solche Abschwächung ist

2. die Heilung der Nichtigkeit, die wir schon bei der Ehenichtigkeit getroffen haben, und die ebenso in §§ 313 S. 2, 518 Abs. 2, 566 S. 2, 766 S. 2 usw. BGB. vorgesehen ist.

Hölder hat ganz allgemein (Komm. S. 240) die Unwirksamkeit als heilbare Nichtigkeit bezeichnet. Dagegen hat sich vielfacher Widerspruch erhoben und das, was bereits ausgeführt wurde, zeigt die Unrichtigkeit dieser Auffassung, die übrigens auch von Hellmann (Gutachten aus dem Anwaltsstand S. 489 f.) geteilt wurde. Alexander (S. 65) beschränkt mit Recht die Heilbarkeit auf einzelne unwirksame Rechtsgeschäfte. Aber man wird allgemein sagen können, daß die der Geltung nach unwirksamen Rechtsgeschäfte sich zusammensetzen aus nichtigen und aus solchen, bei denen die Nichtigkeit in der einen oder andern Richtung abgeschwächt wurde. Man hat die unwirksamen Rechtsgeschäfte eingeteilt in absolut und relativ unwirksame, die letzteren wieder nach der sachlichen oder der persönlichen Richtung; vgl. Schachian S. 208, dagegen Strohal S. 13 f. und wieder Fischer S. 7 f.

Für die Rechtsanwendung von Bedeutung ist auch hier insbesondere das Verhältnis zur Nichtigkeit. Da diese begriffsgemäß nicht zugunsten der einen Person eintreten, für andere aber entfallen kann, ist mit dem Begriff der relativen Nichtigkeit wenig anzufangen (vgl. Fräb in ZBlFG. 12, 620). Dagegen lassen sich sämtliche in Frage kommenden Fälle unter die Begriffe der aufschiebend und auflösend bedingten Nichtigkeit einreihen.

A. Aufschiebend bedingte Nichtigkeit

1. durch Anfechtung.

a) Während die Nichtigkeit ipso jure erfolgt, kennt das bürgerliche Recht Tatbestände, in denen erst auf Veranlassung eines andern diese Folge

eintritt; wird das Rechtsgeschäft von dem Betreffenden angefochten, was durch Erklärung gegenüber dem Gegner zu geschehen hat, so wird es als von Anfang an nichtig betrachtet (§ 142). Die wichtigsten Anwendungsfälle sind Irrtum, Betrug und Bedrohung (§§ 118—124, 2078 usw.). „Anfechtbarkeit eines Geschäfts ist nach dem BGB. diejenige Mangelhaftigkeit seines Inhalts, deren Hervorkehrung lediglich von dem Willen des Berechtigten abhängt." Bruck, Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte (1900, S. 30).

b) Nach § 29 der KO. und § 1 des AnfG. können Rechtshandlungen eines Schuldners als den Gläubigern gegenüber unwirksam angefochten werden. Zugleich wurde durch die Novelle von 1898 die KO. dahin abgeändert, daß es in den §§ 7, 13, 15, 221 Abs. 2 jetzt durchweg heißt: „den Gläubigern gegenüber unwirksam" statt: „nichtig" oder „nicht mit verbindlicher Kraft". Tatsächlich sind es heilbare Nichtigkeiten, vgl. Strohal S. 64. Bei dieser Anfechtung handelt es sich aber nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern um die Erhebung eines Anspruchs, durch welchen eine Rechtshandlung des Schuldners ihrem wirtschaftlichen Erfolge nach entkräftet werden soll. Nach den preußischen Vorbildern der beiden Gesetze vom 8. und 9. Mai 1855 wurden die Rechtshandlungen „als ungültig" angefochten, nach Förster, Theorie und Praxis des Preuß. Privatrechts 1, 534, ist diese Ungültigkeit nur Unwirksamkeit. Sie ergriff aber den vollen Rechtsbestand der angefochtenen Handlung und dem Erwerber mußte seine Gegenleistung erstattet werden, abweichend von der gemeinrechtlichen Actio Pauliana. Den preußischen Gesetzen folgend ergreifen auch die Reichsgesetze die Rechtshandlungen selbst. Sie haben zunächst an Stelle des Wortes „ungültig" das Wort „unwirksam" gesetzt, wie man es schon im preußischen Recht verstanden hatte, zugleich aber den Angriff gegen den Rechtsbestand der angefochtenen Handlung abgeschwächt. Die Novelle von 1898 hat dann diesen Anfechtungsbegriff mit dem des BGB. weiter auszugleichen gesucht. Vgl. Voß, „Ueber den Begriff Unwirksamkeit in § 29 KO. und § 1 AnfG.", IheringsJ. 51 (1907), 413 f., und „Die Wechselbeziehungen zwischen Schuldanfechtungsrecht und Veräußerungsverbot", LZ. 1910, 520 f., 591 f. Umgekehrt wollte Klöppel bei Gruchot 32, 639 im BGB. den Begriff der Anfechtung nur im Sinne des AnfG. gebraucht wissen. Die Unwirksamkeit des AnfG. und der KO. stellt sich hiernach aber auch als eine durch die Anfechtung aufschiebend bedingte, abgeschwächte Nichtigkeit dar.

c) Eine Verbindung der Anfechtung durch Klage und durch rechtsgeschäftliche Erklärung enthält die Regelung der Ehelichkeitsanfechtung in §§ 1596, 1597 BGB. Auch hier ist die Nichtigkeit der Ehelichkeit durch die Anfechtung aufschiebend bedingt. Aehnliches gilt für die Anfechtung von Patenten, Generalversammlungsbeschlüssen usw.

2. Durch Geltendmachung sonstiger Schutzrechte. Dem Anfechtungsvorbehalt sehr nahe steht der Fall, wenn das Gesetz eine Rechtshandlung einem bestimmten Berechtigten gegenüber für unwirksam erklärt; dies trifft für die §§ 135, 136, 506, 574, 1124 und 1126 zu. Die einzelnen Fälle sind zum Teil sehr bestritten und im ganzen wird man auch die Ansicht vertreten können, daß nicht der Geschützte die Unwirksamkeit geltend machen muß, sondern daß sie zu seinem Schutze sofort eintritt und nur durch die auflösende Bedingung seines Verzichts oder sonstigen Wegfalls behoben wird. Vgl. Fräb S. 621.

a) Zu §§ 135, 136 besteht nahezu Uebereinstimmung, daß die Unwirksamkeit nicht unheilbare Nichtigkeit sein muß, sondern nur soweit reicht, als es eben die Rücksicht auf den Geschützten erheischt. Vgl. Strohal S. 43. Nach dessen ansprechender Lösung ist die Verfügungsmacht des Betroffenen so sehr geschwächt, daß er dem Anspruch des Geschützten nicht zu nahe treten kann und daß ihm bei jeder Verfügung soviel Rechtsmacht übrig bleibt, daß er dem Geschützten wieder zu seinem Rechte verhelfen kann. Wenn der Schutz des Veräußerungsverbots mit einer Anfechtung des Verpflichteten nach KO. oder AnfG. zusammenfällt, dann vermag die Unwirksamkeit, auf die der Anfechtungskläger sich berufen kann, der Unwirksamkeit der verbotswidrigen Veräußerung unter Umständen nicht die Wage zu halten. Voß in LZ. 3, 766.

b) Die §§ 506, 574, 1124 und 1126 sprechen ebenfalls Unwirksamkeit gegenüber einem Berechtigten aus und bedürfen hier keiner besonderen Besprechung. Vgl. auch RGZ. 59, 177 f.

c) Dem § 135 sehr nahe steht

α) § 883 II, der nach eingetragener Vormerkung eine Verfügung insoweit für unwirksam erklärt, als sie den geschützten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Bei unbeweglichen Sachen geht der Schutz des § 135 überhaupt durch die §§ 883 Abs. 2 und 888 hindurch, denen aber der allgemeine Grundsatz entnommen werden kann, daß, wer einen Gegenstand gegen ein ihm bekanntes Veräußerungsverbot erworben hat, gezwungen werden kann, das zur Verwirklichung des verletzten Anspruchs Erforderliche vorzukehren. Vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht 3. Aufl. 1, 416, und Knoke, Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot in der Festgabe für Güterbock S. 427. Nur wird durch § 883 Abs. 2 eine sachenrechtliche Sicherung erreicht. Die Ausdrucksweise in § 883 Abs. 2 ist wieder nachgebildet

β) der in § 161 Abs. 1 BGB., der eigentlich an die Spitze der aufschiebend bedingten Nichtigkeit zu stellen wäre. Bei einer Verfügung über einen Gegenstand unter aufschiebender Bedingung ist jede weitere Verfügung über denselben Gegenstand während der Schwebezeit insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung

vereiteln oder beeinträchtigen würde. Nun bezeichnet Riezler bei Staudinger Ziff. 6 zu § 161 die Unwirksamkeit als von Amts wegen eintretende Nichtigkeit, sonst wird sie vielfach (vgl. Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 140) als absolute Unwirksamkeit bezeichnet und dann müßte dasselbe für die gleichliegenden Fälle, insbesondere § 883 II gelten. Tatsächlich ist aber auch hier absichtlich in der dehnbaren Weise, wie wir es bisher beobachtet haben, eine Milderung des Nichtigkeitsbegriffs so vorgenommen worden, daß die Verfügung nicht schlechthin nichtig, sondern nur gerade insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Berechtigten beeinträchtigt. Aehnlich verhält es sich

γ) in § 505 mit der „dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksamen" Bedingung des Vorkaufsverpflichteten, dem Strohal S. 31 eine dem Gesetz nicht ganz entsprechende gute Meinung unterzulegen scheint: das Gesetz wollte es ihm unmöglich machen, das vereinbarte Vorkaufsrecht anzutasten;

δ) über die §§ 573, 1123 Abs. 1 und 1124 Abs. 2 mit der „dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksamen Verfügung" vgl. RGZ. 59, 177 f.

3. Durch den Eintritt bestimmter Ereignisse:

a) Durch Verzeihung wird die Entziehung des Pflichtteils unwirksam, die Verfügung wird dadurch unmittelbar nichtig (§ 2337);

b) durch den Wegfall der eingesetzten Personen wird die Erbeinsetzung und das Vermächtnis (§§ 1923, 2160), durch den Tod eines Ehegatten der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments ungültig, vgl. § 2271 Abs. 2, ähnlich §§ 2298 Abs. 2, 2289. Die letztwillige Verfügung zugunsten eines Ehegatten wird durch Auflösung der Ehe unwirksam (§ 2077), das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstands durch dessen Wegfall vor dem Erbfall (§ 2169).

4. Durch Zeitablauf:

Eine bestimmte letztwillige Verfügung wird 30 Jahre nach dem Eintritte des Erbfalls unwirksam (§ 2044), ebenso die Einsetzung eines Nacherben (§ 2109), die Betrauung eines Testamentsvollstreckers (§ 2210). Das nach §§ 2249—2251 errichtete Testament gilt als nicht errichtet, wenn der Erblasser 3 Monate nach der Fertigstellung noch lebt (§ 2252 Abs. 1).

In allen diesen Fällen handelt es sich um volle Nichtigkeit.

B. Auflösend bedingte Nichtigkeit.

1. Nach § 161 Abs. 2 sind die Verfügungen desjenigen, dessen Recht mit dem Eintritt der Bedingung endigt, insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würden. Hier gilt das zu A 2 c β Gesagte.

2. Auch auf das, was zu A 2 a ausgeführt wurde, kann verwiesen werden. Dem Verzicht geschützter Personen steht das Erlöschen ihres Rechts gleich.

3. Den Grundsätzen unter 1 entsprechen diejenigen in §§ 2113, 2115, wonach die Wirksamkeit der Verfügungen des Vorerben endigt, soweit sie bei Eintritt der Nacherbschaft das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen. Vgl. RGZ. 81, 367 und Warneyer Erg.-Bd. 5 n. 59.

In diesen Fällen handelt es sich zwar um auflösende Bedingungen, die Unwirksamkeit der Verfügungen ist aber aufschiebend bedingt durch den Eintritt des Ereignisses, welches die auflösende Bedingung für das zugrunde liegende Rechtsverhältnis bildet.

4. Wirkliche Fälle auflösend bedingter, also heilbarer Nichtigkeit sind:

a) Die Aufhebung des Konkurses für Verfügungen des Gemeinschuldners, der Nachlaßverwaltung für solche des Erben usw. (§§ 6 und 7 KO., §§ 1984 und 2211 BGB.);

b) das große Gebiet der sog. Konvaleszenzfälle, in denen im Anschluß an die spätere Entwickelung des römischen Rechts, das den ursprünglichen Grundsatz der Konzentration fallen ließ (vgl. oben I 2 und Kuhlenbeck, Von den Pandekten z. BGB. 1, 330) und an die Grundsätze des französischen Rechts (vgl. Windscheid, Ungültigkeit S. 197 f. und Hachenburg, Das französisch-badische Recht S. 130—135) die an und für sich bestehende Unwirksamkeit durch ein späteres Ereignis behoben wird: durch die Zustimmung, Genehmigung, Einwilligung einer berechtigten Person oder dadurch, daß der Verfügende selbst das Recht zur Erteilung der Genehmigung usw. erwirbt (vgl. Kohler, Lehrbuch 1 § 248). Von besonderer Bedeutung sind dabei die §§ 182—185 BGB., nach § 184 Abs. 1 insbesondere wirkt die nachträgliche Zustimmung oder Genehmigung im Zweifel auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. (Vgl. aber RGZ. 65, 248). In anderen Fällen wird der Mangel des Versprechens durch Bewirkung der Leistung (§§ 518, 766), der Mangel der Geburt vor dem Erbfall durch die Erzeugung (§ 1923 Abs. 2), der Mangel der Unmöglichkeit durch beabsichtigte Auswege (§§ 308, 2171) usw. geheilt.

Wie in diesen Fällen die strengen Nichtigkeitsvorschriften absichtlich gemildert wurden, ist bereits oben unter I 2 ausgeführt worden. Welche Bedeutung aber doch der Nichtigkeit im Gebiete der Unwirksamkeit zukommt, dürfte aus den Darlegungen, wie sie unter III erfolgten, hervorgegangen sein.

IV. Einen besonderen Prüfstein in dieser Beziehung bilden die §§ 139, 140 und 141 BGB.

1. § 139 läßt der Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts das ganze folgen, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Dabei ist es gleichgültig, ob man für den § 139 ein besonderes zusammengesetztes Rechtsgeschäft fordert (RGZ. 78, 120) oder ob man davon ausgeht, daß bei einem durchaus einheitlichen Rechtsgeschäft für den Ausnahmefall kein Platz ist. Dagegen kann innerhalb des einen

Rechtsgeschäfts nach Personen (vgl. z. B. RGZ. 71, 201) und selbst nach einzelnen Zeitabschnitten (RGZ. 82, 125) unterschieden werden. Die Frage aber, welche hier den Ausschlag zu geben hat, ist die: wie verhält sich das unwirksame Rechtsgeschäft im Tatbestand des § 139? Auf die ähnlichen Gesetzesbestimmungen im Erbrecht wurde bereits hingewiesen. Im übrigen ist zu sagen: Selbstverständlich muß das infolge Anfechtung nichtig gewordene Geschäft unter § 139 fallen (RGZ. 62, 187). Es ist ausgesprochen worden, daß das wegen Versagung der vormundschaftlichen Genehmigung unwirksam gewordene Rechtsgeschäft nicht dem nichtigen gleichstehe (OLG. 22, 144). Mit Recht ist aber das Gegenteil von André S. 31 und jetzt RGZ. 82, 125 erklärt worden. Ob, wie André meint, auch die Vornahme der Wandlung hinsichtlich gekaufter Waren die Wirkung des § 139 für sonstige Teile des Rechtsgeschäfts äußere, mag dahingestellt bleiben und wird Tatfrage sein. Zu § 476 BGB. spricht RGZ. 62, 122 das Gegenteil aus, weil hier die volle Wirkung der Vertragsklage aufrecht erhalten werde, und RGZ. 71, 203 scheidet, ob Beklagter das Rechtsverhältnis als von Anfang an nichtig oder erst später erloschen gegen sich gelten lassen müsse. Fischer kommt in seinen Untersuchungen zu § 140 auch für § 139 mit Recht zum Schluß, daß da, wo wirklich Teile des Rechtsgeschäfts in Zusammenhang mit diesem unwirksam werden (also nicht z. B. in den Fällen der §§ 2044 Abs. 2, 2109, 2210, 2337), die Unwirksamkeit der Nichtigkeit gleichstehe, bei allgemeiner Unwirksamkeit schlechthin, in bezug auf einzelne geschützte Personen hinsichtlich dieser, endlich bei Schwebezuständen, sobald feststeht, daß die Wirkung nicht eintritt. Vgl. Fischer S. 7—11; auf § 2085 wendet auch RGZ. 63, 27 den § 139 an.

2. § 140 läßt bei einem an sich nichtigen Rechtsgeschäft, wenn es den Erfordernissen eines andern, nicht nichtigen Rechtsgeschäfts entspricht, das letztere gelten, wenn anzunehmen ist, daß es bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Daß bei nachträglicher Einbuße der Wirksamkeit § 140 nicht in Frage kommt, wird auch hier zugegeben, im übrigen besteht über die Einordnung der unwirksamen Rechtsgeschäfte unter § 140 lebhafter Streit. Fischer (S. 20) bejaht die Frage in derselben Weise wie zu § 139, ebenso ein Erkenntnis von Kiel bei Neumann, Jahrbuch 1910 zu § 140. Dagegen hat Leonhard, Allgemeiner Teil S. 430 f. die Anwendung des § 140 streng auf die nichtigen Geschäfte beschränkt und das Reichsgericht nimmt in RGZ. 79, 308 den gleichen Standpunkt ein; in einem Falle, in dem die Nichtigkeit der Verpfändung durch Unterlassung der Anzeige des Gläubigers an den Schuldner eingetreten war, sprach das Reichsgericht aus, daß die Anwendung des § 140 auf solche unwirksame Geschäfte den erheblichsten Bedenken unterliege. Der Fall steht allerdings den Fällen der nachträglichen Einbuße der Wirksamkeit sehr nahe. Gerade von dem hier vertretenen Standpunkte aus, der die eigentliche Nichtigkeit als Gegenwirkung des Gesetzes gegen seine Verletzung und Mißachtung auffaßt, kann man es verstehen, daß das Gesetz eine Milderung besonders da anbefehlen will, wo es selbst auch die Nichtbeachtung des Rechtsgeschäfts anordnet, nicht auch, wo dieses aus anderen Gründen wirkungslos bleibt.

3. Aehnlich dürfte es sich mit § 141, der die Bestätigung des nichtigen Geschäfts betrifft, verhalten. Es handelt sich um die erneute Vornahme des unheilbar nichtigen Rechtsgeschäfts unter Vermeidung des Nichtigkeitsgrunds; das trifft natürlich auf sonst unwirksame Rechtsgeschäfte nur ausnahmsweise zu.

V. In der neuesten Zeit hat mit der Frage „Sind alle Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken nichtig?" Danz in der JW. 1913, 1016 f. das Wort zur Auslegung des § 105 BGB. ergriffen. Wenn sich ergibt, daß ein Kaufmann seit Jahren geisteskrank war, könnten zu seinem Schaden eine große Reihe von für ihn vorteilhaften Rechtsgeschäften der Nichtigkeit anheimfallen. Der Zweck des § 105 sei doch nur Schutz des Kranken, so aber könnten die Gesunden sich auf seine Kosten bereichern. So lange der Geisteskranke so gehandelt habe, wie ein verständiger Mensch gehandelt hätte, müsse das Geschäft auch nach § 105 aufrecht erhalten werden. Schon anderen Abhilfemitteln in der gleichen Frage gegenüber hatte Krückmann (Recht 1913, 422, vgl. 551) darauf hingewiesen, daß bisher alle Juristen mit der eisernen Lehre groß geworden sind, die Rechtsgeschäfte der Geisteskranken seien nichtig; trotzdem trat er dafür ein, dem Geisteskranken Rechtsbesitz an der Stellung des Geistesgesunden einzuräumen, und zwar denen gegenüber, die mit ihm schon lange vor der Erkrankung ununterbrochen in Geschäftsverbindung gestanden hatten.

In kaum einer Frage wird es so deutlich hervortreten, in welcher „Umwertung aller Werte" wir zurzeit begriffen sind. Und doch handelt es sich hier nur um die Fortsetzung der Entwickelung von der Nichtigkeit zur bloßen Unwirksamkeit. Wenn man anerkennt, daß das Recht für jede Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen die Anerkennung versagt, dann ist eine Prüfung auf den Zweck nicht mehr möglich und nur auf dem Wege des § 140 BGB. wäre eine „Konversion" denkbar. Tatsächlich haben auch Rud. Leonhard und die Schriftleitung des Bankarchivs (1913, 143; vgl. auch Dr. Wolff in JW. 1914, 121 ff.) die beiden Vorschläge als die Auslegungsfreiheit überschreitend abgelehnt. Und auch Stampe, der die Freirechtslehre wesentlich vertieft hat, läßt (ArchZivPrax. 108, 53) die latente Geisteskrankheit als causa-Mangel die weiteren Geschäfte beinflussen und die „ungerechtfertigte Bereicherung" begründen; er spricht (S. 147) auch geradehin aus, daß Geschäftsunfähige (§§ 101,

105) **kein** Grundgeschäft selbständig zustande bringen können.

Ob es sich gesetzgeberisch empfiehlt, nur den entmündigten und den offenbaren Geisteskranken zu schützen, bleibe dahingestellt. Das, was hier ausgeführt werden sollte, ist folgendes. Unsere Rechtsordnung fordert, wenn sie ein Rechtsgeschäft anerkennen soll, gewisse Sicherheiten hinsichtlich der Personen und ihres Willens, hinsichtlich der Form und des Inhalts ihrer Erklärungen und Leistungen und versagt, wenn ihren Anforderungen nicht entsprochen wird, jede Wirkung. Neben diesen Fällen wahrer und unheilbarer Nichtigkeit, welche die Grundlage der Lehre bilden, haben sich Fälle eingebürgert, in denen ein beschränkterer, oft nur vorübergehender Schutz und auch nicht allgemein, sondern nur zugunsten gewisser Personen erforderlich erschien. In diesen Fällen ist genügend erschienen, eine meist heilbare Unwirksamkeit einzuführen, die sich als Abschwächung der ursprünglichen Nichtigkeit darstellte. So hat schließlich doch wohl **Hölder** Recht behalten, wenn er (ArchZivPr. 73, 104) erklärte, daß es sich im Gebiete der Ungültigkeit nur um die Gegensätze zwischen gänzlicher und teilweiser sowie zwischen unbedingter und bedingter Ungültigkeit handle.

Prüfungspflicht des Registerrichters in Geschmacksmustersachen.

Von Oberamtsrichter **Franz Simon** in Augsburg.

(Fortsetzung.)

III. **Bei Anmeldung der Uebertragung des Urheberrechts an Geschmacksmustern** ist zu prüfen die Frage:

1. ob der Rechtsübergang überhaupt einzutragen ist. Nach § 3 MustG. geht das Recht des Urhebers auf die Erben über und kann durch Vertrag oder Verfügung von Todes wegen auf andere übertragen werden.

Der Uebergang des Rechts ist von der Eintragung in das Musterregister nicht abhängig gemacht.[29]) Nicht einmal Anmeldung des Rechtsübergangs ist im MustG. vorgesehen. Nachdem das Musterregister besteht, die Uebertragung des Rechts am Muster gesetzlich geregelt ist und das Musterregister öffentlich und da ist, über den Schutz und dessen Inhaber Aufschluß zu geben, so kann aus dem Schweigen des Gesetzes **nicht** entnommen werden, daß eine solche Eintragung nicht zulässig ist. Die Analogie des Gebrauchsmusterschutz- und des Patentgesetzes, welche Vermerke über Aenderung in der Person des Rechtsinhabers auf Antrag[30]) zulassen, spricht dafür, daß solche Vermerke in gleicher Weise beim Uebergang des Urheberrechts an Geschmacksmustern auf Antrag zuzugestehen sind.[31]) Ein weiterer Grund für die Eintragung eines solchen Vermerks ist oben unter II 2 angegeben.

Der Vermerk wird bei dem betreffenden Registereintrag in der Spalte „Bemerkungen" zu machen sein.

2. Wer der Antragsteller ist, ob er geschäftsfähig, ob gegebenenfalls seine Vertretungsbefugnis nachgewiesen ist, ob die Form der Anmeldung gewahrt ist, ob das angegangene Gericht zuständig ist. Hier gilt entsprechend das unter I 2, II 1 und 2 Gesagte;

3. ob der Antragsteller berechtigt ist oder ob er für den Berechtigten anmeldet. In dieser Richtung ist der Rechtsübergang nachzuweisen

a) bei Erbfolge: durch Vorlage eines Erbscheins oder einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen und beglaubigter Abschrift des Protokolls über die Eröffnung der Verfügung;

bei Uebernahme durch einen von mehreren Erben: durch Vorlage des Auseinandersetzungsvertrags oder der Zustimmung der übrigen Erben;[32]) bei Erbrecht des Fiskus (§ 1936 BGB.): durch Vorlage des Beschlusses über Feststellung des Erbrechts des Fiskus (§ 1966 BGB.);

b) bei Vertrag: durch Nachweis des Abschlusses. Da im MustG. über die Form der Uebertragung besondere Vorschriften nicht enthalten sind, so finden gemäß § 413 BGB. die Vorschriften über die Forderungsübertragung Anwendung. Nach § 398 BGB. geht das Recht durch formlose Vereinbarung zwischen dem bisherigen Berechtigten und dem neuen Erwerber ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund über. Es wird daher die Uebertragung vermerkt werden können auf Grund Vorlage einer amtlich beglaubigten[32]) Bestätigung oder mündlichen Erklärung des bisher Berechtigten oder Vorlage des hinsichtlich der Unterschrift amtlich beglaubigten[32]) schriftlichen Vertrags, woraus sich die Uebertragung ergibt.

Bei Versteigerung auf Grund vorhergegangener Verpfändung oder Pfändung des Musterrechts siehe die Ausführungen unter VI, VII.

c) bei Zuwendung als Vermächtnis durch Verfügung von Todes wegen: durch Vorlage der Verfügung und der Abtretungserklärung des Erben (§§ 2174, 413, 398 BGB.), mündlich oder in beglaubigter[32]) Form.

---

[29]) RGZ. vom 28. November 1885 (Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 2 S. 72); Allfeld a. a. O. § 3 MustG. Anm. 2 S. 319.

[30]) Wenn die Aenderung in beweisender Form zur Kenntnis des Patentamts gebracht wird (PatG. vom 7. April 1891 § 19 Abs. 2, GebrMustG. vom 1. Juni 1891, § 3 Abs. 4 und § 22 der Kais. AusfVO. z. PatG u. GebrMustG. vom 11. Juli 1891).

[31]) S. auch Allfeld a. a. O. § 3 Anm. 2 S. 318 und Kohler, Musterrecht S. 137.

[32]) In beglaubigter Form, wenn nicht öffentliche Urkunde vorliegt, nach Analogie des Patentrechts (s. Allfeld a. a. O. S. 194, PatG. § 19 Anm. 8 b).

d) bei Uebertragung auf Grund erfolgreicher Anfechtung des Rechts eines eingetragenen Musterrechtsinhabers.

Das Musterrecht entsteht als übertragbares Recht schon mit der Schöpfung des Musters, als ausübbares Vollrecht erst mit der Anmeldung und Niederlegung. Meldet ein anderer als der Urheber unberechtigt das Muster zur Eintragung an, dann kann der Urheber oder dessen Rechtsnachfolger klageweise verlangen, daß der nichtberechtigte Eingetragene das Musterschutzrecht auf den Berechtigten überträgt und Umschreibung im Musterregister bewilligt.[33]) Der Berechtigte, der den Umschreibungsvermerk beim Registergericht beantragt hat, hat das in letzterem Sinne ergangene rechtskräftige Urteil vorzulegen (§ 894 ZPO.).

4. ob die Einschreibung des Vermerks zu veröffentlichen ist. Wenn der Uebergang des Rechts eingetragen wird, wird er auch zu veröffentlichen sein. Im MustG. sind nur Eintragung der Neuanmeldung und der Ausdehnung der Schutzfrist ausdrücklich erwähnt, daher auch nur hinsichtlich dieser Veröffentlichungen verfügt. Die Rechtsprechung erachtet diese Veröffentlichungen nicht als die einzigen. Sie verlangt z. B. Veröffentlichung bei Eintragung des Verzichts auf den Schutz.[34]) Hieraus und aus der analogen Anwendung des § 10 HGB. ergibt sich, daß alle Eintragungen im Musterregister, auch der Rechtsübergang zu veröffentlichen sind.[34a]) Siehe auch den oben II 2 angegebenen Grund.

Für Eintragung von Lizenz- und Nutznießungsrechten an Musterrechten sowie derart beschränkten Rechtsübertragungen, daß sie Lizenz- oder Nutznießungsrechten gleichkommen, ist im Musterregister kein Raum. Das MustG. enthält hierüber nichts. Auch in den Patent- und Gebrauchsmustersachen werden in der Rolle Uebertragungen nicht vermerkt, die nur die Ausübung des Rechts betreffen.[35]) Ein Antrag auf Eintragung eines solchen Rechts wäre abzulehnen.

IV. **Bei Anmeldung des Verzichts auf das Musterrecht** sind zu prüfen die Fragen:

1. Ist eine Verzichtserklärung bezüglich des Geschmacksmusterrechts entgegenzunehmen und einzutragen? Das MustG. enthält weder über die Zulässigkeit eines Verzichts noch über seine Form eine Bestimmung.

Auf den erworbenen Geschmacksmusterschutz kann aber verzichtet werden. Die Fortdauer des durch Benützung einer staatlichen Einrichtung gewonnenen Musterschutzes kann niemandem aufgezwungen werden. Sie hängt vom Willen des Berechtigten ab.[36]) Der Verzicht erfolgt durch öffentliche Erklärung[37]) oder durch Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Registergericht.[38])

2. Wer ist der Verzichtende, ist er geschäftsfähig? Ist das Musterrecht, auf das er verzichten will, bei dem angegangenen als zuständigem Gerichte eingetragen?[39]) Ist nachgewiesen, daß der Verzichtende der registermäßige Inhaber des Musterrechts oder dessen Rechtsnachfolger ist? In welcher Weise ist der Verzicht anzumelden? Diese Fragen beantworten sich entsprechend III 2 und 3.

3. Was hat auf die Anmeldung des Verzichts zu geschehen? Der Verzicht ist in der Spalte „Bemerkungen" des Musterregisters bei dem betreffenden Muster und, wenn mehrere Muster unter einer Nummer des Registers vorgetragen sind, unter Benennung des oder der betreffenden Muster, auf das oder die sich der Verzicht bezieht, nach ihrer Geschäfts- oder Fabriknummer einzutragen.[40])

4. Ist die Eintragung des Verzichts zu veröffentlichen? Mit Rücksicht auf die Bekanntmachung der Anmeldung und Eintragung wird auch der Vermerk des Verzichts im Reichsanzeiger zu veröffentlichen sein.[34])

Ueber Rückgewähr der Gebühr bei Verzicht auf die Schutzfrist siehe die mehrerwähnten Entscheidungen des Kammergerichts und des Obersten Landesgerichts.

V. **Bei Antrag auf Löschung** ist Person, Geschäftsfähigkeit, Berechtigung des Antragstellers zu prüfen.

Der Antrag wird nur zulässig sein, wenn der Antragsteller ein von ihm erwirktes rechtskräftiges Urteil vorlegt, welches das Musterrecht als nichtig erklärt oder den Eingetragenen zur Löschungsbewilligung verurteilt. Ob eine Nichtigkeitsklage oder Löschungsklage im Geschmacksmusterrecht zuzulassen ist,[41]) hat der Registerrichter nicht zu prüfen. Wenn

---

[33]) Siehe auch Allfeld a. a. O., MustG. § 7 Anm. 1, § 3 Anm. 2 S. 334 und 318; Kohler, Musterrecht S. 91.

[34]) Kammergerichtsentsch. vom 19. Juli 1905 (Recht 1906 S. 76 Nr. 140); ObLG. (Sammlg. Bd. II S. 625) vom 16. Oktober 1901.

[34a]) Auf Kosten des Antragstellers siehe auch Note 41a.

[35]) Siehe Allfeld a. a. O. PatG. § 6 Note 5 S. 116, GebrMustG. § 7 Note 4 S. 416; Kohler, Musterrecht S. 138.

[36]) Siehe hierher auch § 8 der Bayer. MBek. vom 14. Dezember 1899 betr. Führung des Musterregisters, Kammergerichtsentsch. vom 19. Juli 1905 (Recht 1906 S. 76 Nr. 140).

[37]) Siehe Allfeld a. a. O. § 8 Anm. 1 des MustG. S. 340; Kohler, Musterrecht S. 113.

[38]) Siehe die Kammergerichtsentsch. unter Note 36 und Kohler, Musterrecht S. 113.

[39]) Auf ein wegen Unzuständigkeit des Gerichts unwirksames (siehe I 1) Musterrecht gibt es natürlich keinen Verzicht. Ein Löschungsvermerk hinsichtlich des gegenstandslosen Eintrags wird beantragt und eingeschrieben werden können.

[40]) Löschung des bisherigen Eintrags durch „Rot unterstreichen" findet nicht statt, da durch den Vermerk die Aufhebung des Rechts genügend ausgedrückt ist und eine förmliche Löschung des ganzen Eintrags auch bei Beendigung des Musterrechts durch Zeitablauf nicht stattfindet.

[41]) Siehe Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. IV Nr. 196, Entsch. vom 27. April 1887; Allfeld a. a. O. S. 337 MustG. § 7 Anm. 4; dagegen Kohler, Musterrecht S. 129 und die dort angegebenen Entscheidungen Note 2—4.



ihm ein auf Nichtigkeit oder Löschung lautendes mit Rechtskraftzeugnis versehenes Urteil unterbreitet wird, ist dieses für ihn maßgebend.

Mit Rücksicht auf die Oeffentlichkeit des Musterregisters wird auf Antrag des Siegers die rechtskräftige Feststellung der Nichtigkeit oder die rechtskräftige Verurteilung zur Löschungsbewilligung in die Spalte „Bemerkungen" einzutragen[40]) und die Eintragung auf Kosten des Antragstellers[41a]) im Reichsanzeiger zu veröffentlichen sein.

(Fortsetzung folgt).

Kleine Mitteilungen.

Ueber die Gültigkeit von sogenannten Scheinabtretungen. Das Reichsgericht hat neuerdings zwei bedeutsame Entscheidungen gefällt. In der einen von ihnen (JW. 1913 S. 317) behandelt es die Frage, ob eine Abtretung, die nur vorgenommen wird, um den Abtretenden als Zeugen auftreten zu lassen, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten und gegen ein Verbotsgesetz nichtig sei. Die Frage wurde verneint. Das Reichsgericht stützt sich zur Begründung seiner Ansicht zunächst darauf, daß das Gesetz keine Bestimmung kennt, die eine nur zu dem angegebenen Zwecke vorgenommene Abtretung verböte. Mache man aber von einem gesetzlichen Rechte Gebrauch, so könne — so meint das Reichsgericht — von einem Verstoße gegen § 138 BGB. keine Rede sein. Ebenso liege kein Verstoß gegen § 134 BGB. vor, weil die durch die Abtretung herbeigeführte Vernehmung des Abtretenden als Zeuge nirgends im Gesetz verboten sei; die ZPO. verbiete nur die Vernehmung der Prozeßpartei als Zeugen; ja im § 393 Abs. 1, 4 ZPO. werde sogar die Zeugenvernehmung des Abtretenden ohne Rücksicht auf den Grund der Abtretung vorausgesetzt.

Diese Begründung erscheint bei näherem Zusehen etwas dürftig. Ganz zweifellos ist, daß sich die Vertragsteile durch eine solche Abtretung gegenüber der andern Partei eine für den Prozeß günstigere Lage verschaffen wollen, durch deren Ausnützung sie dann auch Sieger zu bleiben hoffen. Wenn auch der Abtretende nicht beeidigt zu werden braucht und somit die Bewertung seiner Aussage dem richterlichen Ermessen unterstellt wird, so wird doch trotzdem die Lage des Erwerbers erheblich verbessert. Denn gänzlich wird der Richter die Aussage des Abtretenden kaum unbeachtet lassen, und überdies können sich die Abtretenden ein vollgültiges Beweismittel dann verschaffen, wenn sie auf das Zeugnis von nahen Verwandten des Abtretenden Bezug nehmen, deren Beeidigung nach der Abtretung nicht abgelehnt werden kann. Ob eine solche Handlung gegen die guten Sitten verstößt, läßt sich nicht mit einem einfachen Hinweis darauf entscheiden, daß die Parteien nur von einem gesetzlichen Rechte Gebrauch machen. Hat doch das Reichsgericht selbst neuerdings die Gültigkeit von gewissen Sicherungsübereignungen verneint, bei denen der Schuldner seine sämtlichen zukünftigen Außenstände übereignete, obwohl nirgends ein gesetzliches Verbot besteht, künftige Forderungen abzutreten. Noch bedenklicher ist die Meinung, daß keine Umgehung des Gesetzes vorliege. Freilich verbietet das Gesetz nur die Vernehmung der Prozeßpartei als Zeugen. Aber warum? Doch nur deshalb, weil nach dem Willen des Gesetzgebers der am Vertrag und am Rechtsstreit am meisten Beteiligte nicht als Zeuge für seine eigenen Behauptungen vernommen werden soll! Diese Absicht wird durch die vorgenommene Schiebung bewußt vereitelt, und man kann daher wohl sagen, daß eine Abtretung zur Umgehung des Gesetzes vereinbart ist, die nur die Vernehmung des Abtretenden als Zeugen bezweckt. Man wird sich also mit dem vom Reichsgericht vertretenen Standpunkt nicht ohne weiteres befreunden können.

Entschiedene Billigung verdient hingegen eine andere Entscheidung des Reichsgerichts (JW. 1913 S. 370), die sich über die Frage ausläßt, ob es sittenwidrig sei, eine Forderung nur deshalb abzutreten, damit der Erwerber im Armenrecht klage. Die Frage wird vom Reichsgericht bejaht, und zwar nicht nur für den Fall, wenn der Abtretende mit der „unbedingten" Möglichkeit gerechnet hat, daß Kläger (der Erwerber) unterliegen werde, sondern schon dann, wenn er überhaupt mit der Möglichkeit des Unterliegens gerechnet hat. Der Grund, aus dem sich das Reichsgericht auf diesen Standpunkt gestellt hat, ist leicht ersichtlich! Durch die Abtretung wird es dem Gegner unmöglich gemacht, im Falle seines Sieges seine Kosten erstattet zu erhalten. Die andere Partei — d. h. der Abtretende — führt also den Prozeß ohne eigene Gefahr auf Kosten des Gegners. Die vom Reichsgericht ausgesprochenen Grundsätze sind m. E. auch auf den Fall anzuwenden, daß die klagende Partei zahlungsunfähig ist, ohne im Besitz des Armenrechts zu sein; denn bekanntlich hat ja an und für sich die Bewilligung des Armenrechts auf die Erstattung der Kosten des Gegners keinen Einfluß.

Es nimmt Wunder, daß diese Entscheidung von demselben Senat gefällt ist, wie die zuerst angeführte. Man hätte, nach den Gründen dieser Entscheidung zu urteilen, eigentlich annehmen müssen, daß das Reichsgericht zu dem entgegengesetzten Ergebnisse hätte kommen müssen. Denn es besteht ebenfalls kein gesetzliches Verbot, seine Forderung an eine zahlungsunfähige Partei abzutreten, damit diese im Armenrecht klage. Und wenn der Abtretende nur mit der Möglichkeit rechnet, daß der Erwerber im Rechtsstreit unterliegen werde, so ist die Unsittlichkeit seiner Handlungsweise kaum größer, als dann, wenn eine Forderung abgetreten wird, damit sich der Erwerber ein ihm nach dem Geiste der ZPO. nicht zustehendes Beweismittel verschaffen könne.

Rechtsanwalt Dr. Pfeiffer in Hirschberg i. Schl.

Der § 243 HGB. bei der gemischten wirtschaftlichen Unternehmung. (Nachtrag zu S. 17/18 Nr. 1 dieser Zeitschrift von 1914.) Weil man zugeben muß, daß § 243 HGB. die Abordnung von Mitgliedern des Aufsichtsrates einer Aktien-Gesellschaft durch die öffentlichrechtliche Körperschaft zur Geltendmachung ihres Einflusses und Wahrung ihrer Interessen unmöglich macht, so soll dieser Zweck dadurch erreicht werden,

[41a]) Analog § 9 Abs. 6 MustG.; Art. 39, 39a bayer. GebG. § 89 GKG. unbeschadet dessen etwaiger Ersatzansprüche. — Die auf die Eintragung und Veröffentlichung entstehenden Kosten gehören nicht zu den Zwangsvollstreckungskosten (Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. § 788 Anm. I, Vorbem. III vor § 704).



daß die zwei in Aussicht genommenen Vertragsfirmen den Kreisen Unterfranken und Oberfranken eine Option bis zu 60 % des jeweiligen Aktien-Kapitals der für das Unternehmen der Elektrizitäts-Ueberlandzentrale zu bildenden Aktien-Gesellschaft einräumen.

In einem anderen Vertrage ist der öffentlichen Körperschaft eine Option bis zu 50 % + 1 des jeweiligen Aktien-Kapitals zugesprochen.

Durch solchen Aktienbesitz könnten die bei der Aktien-Gesellschaft beteiligten öffentlichen Körperschaften die Wahl der von ihnen gewünschten Vertreter als Mitglieder des Aufsichtsrates bei den Generalversammlungen sichern, wobei jedoch die im Schlußsatze des § 243 HGB. erforderten ¾ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals wohl zu beachten sind.

Aber dieser Umweg erfordert ein außerordentlich großes Opfer der Beteiligung am Aktienkapital. Dieses Opfer wird noch dadurch vergrößert, daß der Sicherungszweck fordert, daß die Körperschaft, solange die gemischte Unternehmung besteht, niemals Teile ihres Aktienbesitzes veräußert.

Es haben Körperschaften auch schon einen anderen Umweg eingeschlagen. Sie ließen sich in ihrem mit der Unternehmerfirma abgeschlossenen Vertrag zusichern, daß von der zu bildenden Betriebs-Aktien-Gesellschaft in der Generalversammlung eine bestimmte Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern nach Vorschlag der Körperschaft gewählt werden sollen. Eine solche Bestimmung in die Satzungen der Aktiengesellschaft aufzunehmen, geht nicht an. Die Generalversammlung ist in der Aufsichtsratswahl unbeschränkt und kann in der gesetzlich freien Wahl nicht durch solche Satzungs-Vorschriften eingeengt, beschränkt und gebunden werden. Jene in den Ausführungsverträgen etwa stehenden Wahlzusagen wären jedenfalls rechtsunwirksam.

Mag nun aber auch die öffentliche Körperschaft bei dem erstbesprochenen Umwege unter Ausnützung ihres 50 % und mehr des Aktienkapitals übersteigenden Aktienbesitzes in der Generalversammlung ihre Männer in den Aufsichtsrat selbst wählen lassen oder trägt man bei geringerer Aktienbeteiligung der Körperschaft in der Generalversammlung tatsächlich ihren Vorschlags-Wünschen Rechnung, so gewähren beide Umwege nur einen recht unvollkommenen Notbehelf.

In der Generalversammlung können nur bestimmte Personen als Mitglieder des Aufsichtsrates gewählt werden. Die Kreis-Regierung kann nicht ihren „jeweiligen Referenten“ wählen lassen. Wechsel im Referat, Beförderungen oder Versetzungen außerhalb des Kreises könnten an der durch Wahl in der Generalversammlung geschaffenen Eigenschaft als Mitglied des Aufsichtsrates nichts ändern. Der einmal gewählte Aufsichtsrat müßte trotz Referatswechsels und trotz Berufung auf andere Stellung als Mitglied des Aufsichtsrates bis zum Ablauf seiner Wahlperiode tätig bleiben oder es muß für einen Widerruf seiner Wahl nach § 243 Abs. 4 HGB. Sorge getragen werden.

Aehnliche Verwickelungen ergeben sich, wenn in dem einen oder anderen Falle ein Mitglied des Landrats der Kreisgemeinde in den Aufsichtsrat gewählt wird. Ist die Wahlperiode für den Landrat abgelaufen und das bewußte Aufsichtsratsmitglied tritt in den neuen Landrat nicht wieder ein, so muß man entweder den Herrn gleichwohl als Aufsichtsrat weiter tätig sein lassen bis zum Ablauf der für ihn in dieser Eigenschaft laufenden Wahlperiode, oder Niederlegung und Widerruf nach § 243 Abs. 4 HGB. werden notwendig. In letzteren Fällen sind außerordentliche Generalversammlungen für Widerruf und Ergänzungs-Neuwahl notwendig.

Die da und dort vorgeschlagenen Umwege zur Sicherung des Einflusses und der Interessen der mit Aktiengesellschafts-Unternehmerfirmen paktierenden Kreisgemeinden bieten ihnen recht unvollkommene Notbehelfe.

Geh. JR. Dr. Full, Rechtsanwalt in Würzburg.

Sind verkündete amtsgerichtliche Beschlüsse im Parteibetrieb oder von Amts wegen zuzustellen? Diese Frage habe ich in Nr. 2 dieses Jahrganges aufgeworfen und in bejahendem Sinne beantwortet. Meine Abhandlung hat zwei Gegner auf den Plan gerufen: Herrn Geheimrat Prof. Dr. v. Seuffert und Herrn Rechtsanwalt Dr. Kann, die in der Begründung ihres gegenteiligen Standpunktes allerdings nicht ganz einig gehen und mich schon aus diesem Grund nicht recht zu überzeugen vermochten. Ich habe nicht die Absicht, eine Widerlegung der Ansicht dieser beiden bekannten Autoren zu versuchen, zumal ich mich mit meiner Veröffentlichung eigentlich nicht in den Streit der Meinungen mischen wollte, sondern nur den Zweck verfolgte, im Interesse der Rechtssicherheit den gegenwärtigen Standpunkt des Münchener Vollstreckungsgerichts darzulegen und zu begründen.

Wenn ich trotzdem noch einmal das Wort ergreife, so geschieht es nur deshalb, weil ich fast den Eindruck gewonnen habe, als ob mir in den Erörterungen Seufferts und Kanns die Ansicht unterstellt würde, daß alle verkündeten amtsgerichtlichen Beschlüsse der Zustellung von Amts wegen bedürften, beispielsweise also auch Beweisbeschlüsse und sonstige Beschlüsse prozeßleitender Art. Es liegt mir daran, festzustellen, daß ich diese Ansicht für falsch halte; ich habe sie auch niemals vertreten; meine Fragestellung lautete nicht: „Sind alle verkündeten amtsgerichtlichen Beschlüsse von Amts wegen zuzustellen?“, sondern sie lautete: „Sind verkündete amtsgerichtliche Beschlüsse (scil. soweit zu ihrer Zustellung überhaupt ein praktisches Bedürfnis besteht!) im Parteibetrieb oder von Amts wegen zuzustellen?“ In diesem Sinn und in keinem anderen wollte ich meine Ausführungen verstanden wissen. § 496 Abs. 1 ZPO., auf den ich meine Beweisführung aufbaue, spricht sich ja auch in keiner Weise darüber aus, was alles zugestellt werden muß, sondern nur darüber, in welcher Weise die etwa erforderlichen Zustellungen auszuführen sind.

Amtsrichter Dittrich in München.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Der „Selbstkostenpreis“ ist keine Eigenschaft eines Grundstücks. Aus den Gründen: Die auf § 463 BGB. gestützte Klagbegründung ist vom OLG. schon deshalb abgewiesen worden, weil die Angabe des Selbstkostenpreises die Zusicherung einer Eigenschaft des Grundstücks nicht in sich schließe. Diese Auffassung ist nicht

irrtümlich. Unter den Eigenschaften der Kaufsache im Sinne von §§ 459 Abs. 2, 463 BGB. sind nach der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. 52, 1; 59, 243; 61, 84) allerdings nicht nur die natürlichen Beschaffenheitsmerkmale, sondern auch tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse zu verstehen, die zufolge ihrer Beschaffenheit und ihrer vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache ausüben. Als solche Verhältnisse sind z. B. die Höhe der Brandversicherung, die Steuerbeträge und die Mieterträge anerkannt worden. Das Wesen der Eigenschaft ist aber abgesprochen dem Wert und Marktpreis der Sache, da dieser nur das Ergebnis der Schätzung sämtlicher für die Wertschätzung maßgebender Eigenschaften der Sache, nicht aber selbst eine Eigenschaft ist (RGZ. 64, 269; JW. 1906, 378). Verschieden von dem Werte der Sache ist der Selbstkostenpreis des Verkäufers. Er kann allerdings einen Maßstab für die Wertbemessung bilden; Sacheigenschaft ist er aber nicht, weil aus ihm keine gegenständliche und dauernde Grundlage für die Bemessung des Sachwerts zu entnehmen ist. Er sagt nur, was die Vertragsparteien auf Grund ihrer Schätzung zur Zeit des Vertrags und auf Grund der besonderen Sachlage als angemessenen Preis erachtet haben. Der Verkehrsauffassung würde es nicht entsprechen, in dem Selbstkostenpreis ein den natürlichen Eigenschaften entsprechendes Verhältnis zu erblicken. Der Hinweis der Revision darauf, daß hier zwischen der Zahlung des Selbstkostenpreises und dem Kauf nur eine kurze Zeit verflossen sei, liegt neben der Sache; entscheidend ist, ob der Selbstkostenpreis nach seinem Wesen und seiner Bedeutung eine Eigenschaft ist. (Urt. des V. ZS. vom 7. Februar 1914, V 454/13). ———n.

3306

II.

Der Kutscher als Erfüllungsgehilfe dessen, der den Arzt über Land ruft. Aus den Gründen: Ein Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger (dem bei der Fahrt zu Schaden gekommenen Arzt) und dem Beklagten ist damit begründet, daß der den Arzt über Land Rufende die Unkosten der Fahrt zu tragen hat, wenn der Arzt mit eigenem oder von ihm beschafftem Gespanne der Bestellung Folge leistet. Der Besteller, der es übernimmt, den Arzt mit seinem Gespanne zu dem Kranken abholen zu lassen, verpflichtet sich damit zu einer Gegenleistung für die ärztliche Tätigkeit. Demnach ist auch der Kutscher, durch den er den Arzt abholen läßt, sein Erfüllungsgehilfe. Daß der Beklagte nicht selbst zu fahren verpflichtet war, steht dem nicht entgegen. Der § 278 BGB. gilt nicht nur für solche Leistungen, die grundsätzlich von dem Schuldner persönlich zu bewirken sind, er ist auch anwendbar, wenn der Schuldner die von ihm übernommene Verpflichtung nicht selbst erfüllen kann oder zu erfüllen braucht (vgl. RGZ. 55, 335; 59, 22; 62, 119; 64, 321; 65, 17; 73, 148; 78, 239). (Urt. d. III. ZS. vom 20. Januar 1914, III, 451/13). —a—

3266

III.

Sittenwidriger, weil Bestechung vorsehender Agenturvertrag. Aus den Günden: Den Agenturvertrag zwischen den Parteien hat das OLG. mit Recht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) für nichtig erklärt. Nach seinen Feststellungen war der Vertrag gerade geschlossen, um mit Hilfe der dem Kläger befreundeten Beamten die Beklagte bei der ausländischen Regierung einzuführen. Der Kläger sollte diesen Freunden einen Teil des Ueberpreises versprechen, damit sie auf die Uebertragung der Lieferungen an die Beklagte hinwirkten. Die Teilung des Ueberpreises zwischen dem Kläger und „seinen Freunden, die ihm zur Erlangung des Kontrakts behilflich sind“, war auch in dem Vertrage ausdrücklich vorgesehen. Diese Umstände rechtfertigen die Entscheidung, daß der ganze Vertrag nach Beweggrund, Inhalt und Zweck gegen die guten Sitten verstößt, ohne Rücksicht darauf, ob wirklich den Beamten Geschenke gegeben worden und dadurch die Vertragsschlüsse erzielt sind. Es ist deshalb ohne Bedeutung, daß dies nicht festgestellt worden ist. Ebenso unbegründet ist die Rüge, das OLG. habe nur das deutsche StGB. (§ 331) angeführt und nicht geprüft, welche Anschauungen in dem ausländischen Staate herrschen. Das StGB. dieses Staates bedroht ebenso wie der § 331 mit Strafe einen Beamten, der ein Geschenk für eine in den Kreis seiner Dienstverpflichtungen einschlagende Handlung annimmt, auch wenn diese nicht pflichtwidrig ist. Uebrigens entscheidet die deutsche Auffassung über die Frage, ob der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt. (Urt. d. III. ZS. vom 6. Februar 1914, III 474/13). —a—

3287

IV.

Rücktritt vom Werkvertrage wegen wissentlich unwahrer Angaben des Unternehmers. Aus den Gründen: Die Beklagten haben eine Befugnis zum Rücktritt vom Vertrage auch daraus hergeleitet, daß die Kläger ihnen Bohrberichte mit wissentlich unwahren Angaben zugesandt hätten. Nach diesen Berichten sollte eine Tiefe von 16 m erreicht gewesen sein, während in Wahrheit nur 3 m mit dem Spaten gegraben wären. Das OLG. hält diese Behauptung der Beklagten für unerheblich, weil es sich höchstens um eine Uebertreibung des Geleisteten gehandelt habe und irgendwelche Nachteile daraus für die Beklagten nicht entstanden seien. Dieser Rechtsauffassung kann nicht beigetreten werden. Sind die Behauptungen der Beklagten richtig, dann haben die Kläger ihnen wahrheitswidrig mitgeteilt, daß die eigentlichen Bohrarbeiten begonnen und bis zu einer gewissen Tiefe ausgeführt seien. Das Ausheben einiger Meter mit dem Spaten ist noch nicht ein Beginn sondern nur eine geringfügige Vorbereitung der wirklichen Bohrarbeiten. Eine solche wissentlich falsche Mitteilung aber konnte nach den Umständen des Falles einen Rücktritt der Beklagten von dem Vertrage auch dann rechtfertigen, wenn sie keinen unmittelbaren Nachteil für sie zur Folge hatte. Die Beklagten, die von dem Bohrorte weit entfernt wohnten, mußten sich auf die Zuverlässigkeit und Redlichkeit der Kläger verlassen können. Im Bohrvertrage war den Klägern die Verpflichtung auferlegt, vom Beginn der Arbeiten regelmäßige, sorgfältige Aufzeichnungen und Bohrprofile anzufertigen und den Beklagten zuzusenden. Jede absichtlich verschuldete oder durch grobe Nachlässigkeit verursachte Nichterfüllung der im Vertrage übernommenen Verpflichtungen sollte den anderen Vertragsteil berechtigen, die Auflösung zu verlangen. Die absichtliche Täuschung über den Beginn der Bohrarbeiten war danach nicht ein unerheblicher Umstand. Waren aber die Beklagten zum Rücktritt berechtigt, so konnten die eingeklagten Ansprüche nicht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden. Die Erwägung des OLG., daß die Kläger doch jedenfalls berechtigt geblieben wären, die Gegenleistung für den bereits geleisteten Teil der Arbeiten zu fordern, kann die Entscheidung des OLG. nicht rechtfertigen. Denn dieser Anspruch wäre ein ganz anderer als der dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärte. Daß den Klägern irgendein Anspruch aus dem der Klage zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zusteht, genügt zum Erlaß eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO. nicht. (Urt. d. III. ZS. vom 30. Januar 1914, III 486/13). —a—

3286

V.

Ausschließung der Widerruflichkeit des Mäklerauftrags. Aus den Gründen: Die freie Widerruflichkeit des dem Mäkler erteilten Auftrags kann durch den Willen der Parteien ausgeschlossen werden. Dieser Wille kann sich auch aus den Umständen ergeben. Hier hat der Beklagte der Klägerin den Alleinverkauf seines Gutes übertragen, nachdem ihr Geschäftsführer dem Beklagten auf sein an die Klägerin gerichtetes Gesuch um Verschaffung eines Darlehens wiederholt erklärt hatte, sie werde ihm das Darlehen nur beschaffen, wenn er sich verpflichten wolle, ihr den Alleinverkauf des Gutes zu übertragen und ihr die Vergütung auch dann zu zahlen, wenn das Gut durch seine, des Beklagten, Bemühungen oder die dritter Personen zum Verkaufe käme. Darauf hat der Beklagte nach Unterzeichnung des Scheines das Darlehen von der Klägerin erhalten. Die Einräumung des Alleinverkaufs bildete also die Gegenleistung für die Gewährung des Darlehens. Der Beklagte hatte gegen Gewährung des Darlehens die Verpflichtung übernommen, der Klägerin auch im Falle des Selbstabschlusses die Vergütung zu zahlen. (Urt. d. III. ZS. vom 23. Januar 1914, III 385/13).
3268 — a —

VI.

Mietvertrag ohne ziffermäßige Festsetzung des Mietzinses. Aus den Gründen: Das BG. ist der Ansicht, daß die Parteien einen Mietvertrag schließen wollten und geschlossen haben, obgleich sie die Höhe des Mietzinses einer weiteren Einigung vorbehielten. Den Sinn dieses Vorbehalts versteht das BG. dahin, daß die Höhe des Mietzinses nach billigem Ermessen festgesetzt werden sollte, wenn keine Einigung erfolgen werde. Die Bestimmung des § 154 BGB., wonach ein Vertrag nicht geschlossen ist, wenn über einen Punkt eine Vereinbarung erst noch getroffen werden soll, ist deshalb nach seiner Meinung nicht anzuwenden. Die Revision macht geltend, wenn die Parteien die Höhe des Mietzinses ausdrücklich späterer Vereinbarung vorbehalten hätten, so sei damit unzweideutig ausgedrückt, daß später die Höhe des Mietzinses nur durch den übereinstimmenden Willen beider Parteien festgesetzt werden könne. Dieser Angriff ist verfehlt. Nach § 154 BGB. ist der Vertrag nur im Zweifel nicht geschlossen, wenn die Parteien einen Punkt künftiger Vereinbarung vorbehalten haben. Nach den Umständen des Falles können die Parteien gewollt haben, daß der Vertrag auch ohne eine Vereinbarung über den vorbehaltenen Punkt als geschlossen anzusehen sei. Das ist die Ausnahme von § 154 BGB. und der Fall des § 155. Alsdann ist der vorbehaltene Punkt nach den allgemeinen gesetzlichen Regeln zu ergänzen. (RGZ. 60, 178). Daß der Parteiwille dahin ging, den Mietvertrag auch ohne eine ziffermäßige Festsetzung des Mietzinses zu schließen und diese Festsetzung den allgemeinen gesetzlichen Regeln zu überlassen, belegt das BG. mit einer Reihe von Tatsachen. (Wird ausgeführt). Berechtigt ist der Einwand der Revision, das BG. habe den § 315 BGB. dadurch verkannt, daß es ihn auf den Fall anwenden wollte, wo jeder von beiden Parteien die Ausfüllung einer Lücke des Vertrages zustehen soll. Der § 315 beschränkt sich auf den Fall, in dem nach dem Parteiwillen durch einen der Vertragschließenden die Leistung bestimmt werden soll. Sollen alle Vertragschließenden die Leistung bestimmen, so bedeutet dies, daß die Bestimmung nur durch Willensübereinstimmung beider Teile erfolgen soll. Auf diesem Versehen beruht jedoch das Urteil nicht. Das BG. stellt fest, daß die Parteien eine Festsetzung der Höhe des Mietzinses nach billigem Ermessen i. S. des § 315 wollten. Alsdann hat aber nicht jeder Teil zu bestimmen, sondern es steht nach § 316 BGB. die Bestimmung im Zweifel dem zu, der die Gegenleistung zu fordern hat, wenn, wie hier, der Umfang der Gegenleistung in Frage kommt. Danach hätte hier der Vermieter die Höhe des Mietzinses bestimmen dürfen und nach billigem Ermessen bestimmen müssen. Das Ergebnis ist also dasselbe wie das des BG. (Urt. des III. ZS. vom 23. Januar 1914, III 442/1913).
3265 — a —

VII.

1. Wird ein wegen Formmangels nichtiges Schenkungsversprechen nach § 518 Abs. 2 oder § 607 Abs. 2 BGB. dadurch gültig, daß der Schenkende in einem Schuldschein den versprochenen Betrag als Darlehen zu schulden bekennt? 2. Wie verteilt sich die Beweislast hinsichtlich der Begründung einer Schuld, wenn der Gläubiger seinen Anspruch auf ein schriftliches Darlehensbekenntnis stützt und zugibt, kein Darlehen gegeben zu haben? Aus den Gründen: 1. Das OLG. scheint zu unterstellen, es sei zwischen dem Beklagten und seiner Frau — der Erblasserin der Kläger — ein Vertrag geschlossen worden, durch den der Beklagte ihr 3500 *M* schenkweise versprochen habe, und er scheint weiter anzunehmen, daß dieser Vertrag zur Gültigkeit an sich der im § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB. für vertragsmäßige Schenkungsversprechen vorgeschriebenen Form bedurft hätte, daß aber der Mangel der Form nach § 518 Abs. 2 durch Begründung der Schuld als einer Darlehensschuld geheilt sei. Wenigstens faßt die Revision die Ausführung des OLG.'s in dieser Weise auf, da sie Verletzung des § 518 BGB. rügt, weil ein formloses Schenkungsversprechen nicht dadurch gültig werde, daß es in die Form eines Darlehensversprechens gekleidet sei. Der Revision ist auch beizustimmen, daß aus jenem rechtlichen Gesichtspunkt sich die Gültigkeit des Darlehnsversprechens nicht ergibt. Der Zweck der Formvorschrift im § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB. ist, den Schenkgeber vor Uebereilung bei Vermögenszuwendungen zu schützen, die er nicht sofort als solche empfindet. Wenn der Schenkgeber auf Grund des Schenkungsversprechens einen Schuldschein über ein Darlehen ausstellt, so liegt wiederum nur ein Versprechen vor. Die versprochene Leistung ist dadurch nicht i. S. des § 518 Abs. 2 BGB. bewirkt. Diese Bestimmung fordert eine Leistung der Art, daß eine Forderung für den, der beschenkt werden soll, nicht bestehen bleibt (RG. Bd. 71 S. 291, 292). Die Gültigkeit des Bekenntnisses eines Darlehensempfangs in dem hier fraglichen Schuldschein ist auch aus § 607 Abs. 2 BGB. nicht zu entnehmen. Zwar kann nach dieser Vorschrift eine Schuld aus anderem Grunde durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner in eine Darlehensschuld umgeschaffen werden. Aber, wie aus den Worten: „wer Geld ... aus einem anderen Grunde schuldet" sich ergibt, ist Voraussetzung hierfür, daß eine Schuld aus anderem Grunde besteht (RG. Bd. 76 S. 60), und eine Schuld aus einem wegen Formmangels nichtigen Schenkungsversprechen besteht nicht. Die vorerwähnte Ausführung des OLG. läßt sich freilich auch so verstehen, daß durch Ausstellung des Schuldscheins über eine Darlehensschuld bereits eine die Erblasserin der Kläger bereichernde Zuwendung aus dem Vermögen des Beklagten erfolgt sei, also eine sog. Real-Schenkung oder vollzogene Schenkung i. S. des § 516 BGB. vorliege, wie etwa beim schenkungsweisen Erlaß einer Schuld schon durch den Erlaß (RG. Bd. 53 S. 296, Bd. 76 S. 61), bei schenkweiser Abtretung einer Forderung schon durch die Abtretung (RG. in JW. 1907 S. 73 Nr. 3) eine den Empfänger bereichernde Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkgebers erfolgt. Aber die Zuwendung soll hier darin bestanden haben, daß eine Forderung des Beklagten gegen den Schenkgeber begründet wurde durch ein vom Schenkgeber abgegebenes Versprechen, und auf eine solche Zuwendung ist die Bestimmung des § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB. anzuwenden, wonach das

Versprechen der dort vorgeschriebenen Form bedarf. Dies erhellt auch daraus, daß selbst für ein schenkweise erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art im § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB. die für Schenkungsversprechen vorgeschriebene Form gefordert ist, wiewohl es selbständig für sich besteht und eine Leistung i. S. der Vorschriften über die Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung ist (§ 812). Die Ausführung des OLG. ist daher rechtsirrig, gleichviel wie sie zu deuten ist.

2. Unzutreffend ist die Rüge der Revision: es sei die Beweislast verkannt; da der Beklagte kein Darlehen erhalten habe, sei der Schuldschein ohne Wirkung, so lange nicht die Kläger den Beweis führten, daß dem Schuldschein ein anderer Rechtsgrund beiwohne. Das in dem Schuldschein abgegebene Bekenntnis des Empfangs des Darlehens begründet zugunsten des Gläubigers die Vermutung für das Bestehen der aus dem Schuldschein sich ergebenden Darlehensforderung. Diese Vermutung wird nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. RGE. Bd. 56 S. 235, Bd. 57 S. 322; Warneyer Rspr. 1909 Nr. 358; 1910 Nr. 428; 1912 Nr. 161; 1913 Nr. 90) nicht schon dadurch widerlegt, daß der Gläubiger zugibt, das Darlehen nicht bar gegeben zu haben. Denn ein Darlehen kann nach § 607 Abs. 2 BGB. auch in der Weise zustande kommen, daß zur Valutierung andere Schuldbeträge verwendet werden, vorausgesetzt, daß, wie oben dargelegt, eine Schuld in dieser Hinsicht besteht. Beruft sich der Gläubiger hierauf, so hat nicht er den Beweis zu führen, da ihm das Darlehensbekenntnis zu statten kommt, sondern der Schuldner den Gegenbeweis zu erbringen. Dies muß hier umsomehr gelten, als der Beklagte eine dem Schuldschein entsprechende Zahlung seines Vormundes an die Gläubigerin, die Erblasserin der Kläger, als ohne rechtliche Verpflichtung geleistet zurückfordert. Anderseits aber müssen die Kläger ihre Angaben über die Begründung der Forderung ihrer Erblasserin gegen den Beklagten auch gegen sich gelten lassen und sie können sich für das Bestehen der Forderung nicht auf das vom Beklagten in dem Schuldschein abgegebene Schuldbekenntnis berufen, wenn aus ihren Angaben zu entnehmen ist, daß ein Schuldverhältnis rechtlich nicht begründet worden ist (vgl. RG. bei Warneyer Rspr. 1908 Nr. 506). (Urt. des V. ZS. vom 6. Dez. 1913, V 304/1913). E.

3271

VIII.

Können Rückprall des Regens und Winddruck als Einwirkung vom Nachbargrundstück aus gelten? Aus den Gründen: Als irrig wird von der Revision die Ablehnung der Anwendung des § 907 BGB. bemängelt, sofern sie damit begründet ist, daß weder in dem Rückprall des Regens noch in dem Winddruck eine sinnenfällige Einwirkung vom Nachbargrundstücke her zu erblicken sei. Wenn der Regen von den hohen Wänden des Rathauses zurückspringe, so handle es sich nicht mehr um eine rein „negative" Einwirkung, sondern um eine unmittelbare Zuführung. Das gleiche gelte auch von dem Winddruck, der die Oefen und Herde rußen lasse. Es handle sich dabei um einen ganz anderen physikalischen Vorgang als in dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle (JW. 1909 S. 161 Nr. 10), wo ein Gebäude einer Windmühle den Wind aus den Flügeln genommen hatte; dort sei die Luftbewegung allerdings überhaupt gar nicht auf das Windmühlengrundstück gelangt gewesen, während sie hier von dem Grundstücke der Beklagten auf das der Kläger zurückgeworfen werde. Diese Angriffe sind unbegründet. Das OLG. hat nicht darin Unrecht, daß die Vorschrift des § 907 BGB. streng auszulegen sei, weil er eine Ausnahme, eine Beschränkung des Eigentümers in der Ausübung seiner Rechte enthalte. Regel ist und bleibt der Grundsatz des § 903 BGB., daß der Eigentümer einer Sache mit der Sache nach Belieben verfahren kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Der Eigentümer eines Grundstücks, dessen Recht sich nach § 905 BGB. auch auf den Raum über der Oberfläche erstreckt, kann beliebig hoch bauen, soweit er nicht durch ein gesetzliches oder baupolizeiliches Verbot oder durch ein besonderes Recht Dritter gehindert ist. Zum Bau eines Hauses aber gehören Mauern, Wände und Dach. Dadurch gerade werden bewohnbare und benützbare, geschlossene Räume geschaffen und werden diese Räume sowie deren Bewohner und ihre Habe vor Wind und Wetter geschützt. Das darf der bauende Eigentümer tun, mag es gleich einem Nachbar unbequem oder sogar nachteilig sein. Eine Ausnahme von der Regel der freien Befugnis des Eigentümers enthält der § 907 BGB., der in gewissem Zusammenhang mit dem die Ausschließungsbefugnis des Eigentümers beschränkenden § 906 BGB. steht. Der § 907 gewährt einen vorbeugenden Schutz gegen eine „unzulässige Einwirkung", die der Bestand oder die Benutzung einer Anlage auf das Nachbargrundstück zur Folge hat. Wie dieser Begriff zu bestimmen und zu begrenzen sei, ist in dem Urteile des V. ZS. (RGZ. 51, 251) dargelegt. Dabei kommt es nicht ausschließlich auf den Gegensatz von „positiven" und „bloß negativen" Einwirkungen an und es kann dahingestellt bleiben, ob man hier das angebliche „Zurückwerfen" des Regens und Windes durch die Mauern des Rathauses als etwas nur „negativ" wirkendes bezeichnen darf. Das wesentliche ist vielmehr folgendes. Das Abprallen des Windes und des Regens ist ein Naturvorgang, der an sich nicht von dem Neubau ausgeht, sondern auf dem Walten der Naturgesetze beruht, ohne daß dabei der Neubau anders als abwehrend mitwirkt. Wenn freilich das mit diesem Bau der natürlichen Luftbewegung entgegengestellte Hindernis durch das Menschenwerk des höheren Hauses geschaffen ist, so kann doch darin unmöglich eine Zuführung oder Zuleitung von Stoffen, geschweige von Bestandteilen aus dem Bauwerk auf das Nachbargrundstück erblickt werden. Und keinesfalls steht hier eine unmittelbare unzulässige Einwirkung in Frage. Die Abhaltung oder auch Ablenkung von Wind und Niederschlägen wird ohne weitere, besondere Veranstaltung nur durch das Dasein des Gebäudes, der höheren Giebelwand, bewirkt. Diese natürliche und unvermeidliche Folge eines gesetzlich und baupolizeilich erlaubten Bauens muß sich der Nachbar gefallen lassen. Von einer Anwendung des § 907 BGB. kann in einem solchen Falle keine Rede sein. Sonst würde schließlich, wenn niemand höher bauen dürfte, als das Nachbarhaus ist, das Bauen wenigstens in geschlossener Bauweise überhaupt nicht mehr möglich sein. (Urt. d. VI. ZS. vom 27. November 1913, VI 493/13). ———n.

3293

IX.

Auslegung eines Testaments; die Bezeichnung einer Person als Erbe steht der Annahme nicht entgegen, daß sie nur den Pflichtteilsanspruch haben solle. In § 1 des Testaments erklärt der Erblasser, er ernenne zu seinen „Erben" seine 8 Kinder, darunter auch den Kläger, sowie einen weiteren Sohn namens Walter. In § 2 ist gesagt, das Vermögen werde den Kindern unter den in § 4 angegebenen Bestimmungen „vermacht". In § 4 heißt es dann, der Kläger werde „bis auf die Hälfte des Pflichtteils", Walter bis auf den Pflichtteil enterbt und die beiden Söhnen entzogenen „Erbteile" sollten auf ihre 6 Geschwister zu gleichen Teilen übergehen. In § 8 ist gesagt, dasjenige von den 6 nicht auf den Pflichtteil oder die Hälfte des Pflichtteils gesetzten Kindern, das es unternehme, das Testament oder seine Nachträge in irgendeiner Weise anzugreifen, werde bis auf den gesetzlichen Pflichtteil enterbt.

Aus den Gründen: Das OLG. legt das Testament dahin aus, daß der Kläger von der Erbfolge gänzlich ausgeschlossen sein und nur einen Anspruch auf Zahlung einer dem vierten Teile des Wertes seines gesetzlichen Erbteils entsprechenden Geldsumme, also einen Pflichtteilsanspruch, haben solle. Bei dieser Auslegung berücksichtigt es, daß das Testament unter der Herrschaft des Märkischen Provinzialrechts errichtet sei und daß es bei Märkischen Testamenten allgemein üblich gewesen sei, alle Pflichtteilsberechtigten vorweg als Erben zu bezeichnen, auch dann, wenn der eine oder der andere Pflichtteilsberechtigte lediglich mit einer bestimmten Sache oder Summe bedacht wurde, so daß also insoweit die Erbeinsetzung nur eine formelle habe sein sollen (honor institutionis). Einen besonderen Hinweis auf eine solche Bedeutung des § 1 findet das OLG. in § 2 des Testaments, in dem offenbar damit erst diejenigen Bestimmungen eingeleitet würden, die die eigentliche Verfügung über den Nachlaß beträfen. Unterstützt sieht es seine Ansicht durch die Fassung des § 4, da die Wendung „enterbe ich bis auf" genau dem Wortlaute der betreffenden Bestimmung in § 8 entspreche, darüber aber kein Zweifel bestehen könne, daß einem Kinde, das das Testament angreife und für diesen Fall auf den Pflichtteil gesetzt sei, die Rechtsstellung eines Erben nicht eingeräumt sein solle. Diese Auslegung ist rechtlich durchaus möglich. Der Umstand, daß der Erblasser den Kläger in § 1 des Testaments „zum Erben" ernennt, daß er in § 4 von seinem „Erbteil" spricht und daß er auch sonst wiederholt diese Wörter für alle seine Kinder gleichmäßig gebrauchen mag, nötigt keineswegs zu der Annahme, daß auch der Kläger wirklicher Erbe sein solle, läßt vielmehr sehr wohl die Auffassung zu, daß er gleichwohl nur einen Geldanspruch haben solle. Bei der Auslegung eines Testaments kommt es eben nicht auf den Wortlaut einzelner Bestimmungen, sondern darauf an, was der Inhalt der letztwilligen Verfügung in ihrer Gesamtheit als wahren, wenn auch unvollkommen ausgedrückten Willen des Erblassers ergibt (vgl. die §§ 133, 2087 BGB.). Die Revision beruft sich demgegenüber auf ein Urteil des Senats vom 22. November 1906 dafür, daß die Erbenstellung aus dem Wortlaute eines Testaments sogar gegen den Willen des Erblassers hervorgehen könne; in diesem Urteile ist allerdings gesagt, ein Pflichtteilsberechtigter könne auch gegen den Willen des Erblassers Erbe werden. Die Entscheidung bezieht sich aber, was die Revision übersieht, ausschließlich auf den Sonderfall des § 2306 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 BGB., auf den Fall nämlich, daß ein Pflichtteilsberechtigter als Nacherbe, also doch immerhin als Erbe, eingesetzt ist und der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. In diesem Falle geht die Berufung zur Nacherbschaft von Gesetzes wegen in eine Berufung zur unmittelbaren Erbfolge über. Wie aber daraus für den vorliegenden, gänzlich anderes gearteten Fall etwas zugunsten der Revision sollte hergeleitet werden können, ist nicht ersichtlich. Die Auslegung, die das OLG., soweit die rechtliche Stellung des Klägers in Frage kommt, den Bestimmungen des Testaments in ihrer Gesamtheit gibt, verletzt weder gesetzliche Auslegungsregeln noch läßt sie sonst erkennen, daß sie irgendwie von Rechtsirrtum beeinflußt wäre. Die §§ 2 und 8 des Testaments insbesondere, die das Gericht zur Unterstützung seiner Auffassung heranzieht, lassen sich so verwerten, wie sie das Gericht verwertet; jedenfalls gibt die Art der Verwertung zu Bedenken rechtlicher Art keinen Anlaß. (Urt. des IV. ZS. vom 3. November 1913, IV 76/1913).

3269 E.

B. Strafsachen.

I.

Macht sich der gegen Provision arbeitende Agent einer Versicherungsgesellschaft des Betrugs schuldig, wenn er durch Irrtumserregung den Abschluß von Versicherungsverträgen herbeiführt, bei denen die Versicherungsnehmer für ihre Verpflichtung zur Prämienzahlung einen entsprechenden Gegenwert durch die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft zur Entschädigung erhalten? Welche Bedeutung kommt hier der Möglichkeit zu, daß die Versicherungsnehmer den Vertrag anfechten und ihnen dadurch Kosten erwachsen? Aus den Gründen: Die Versicherungsnehmer erhielten für ihre Verpflichtung zur Prämienzahlung einen entsprechenden Gegenwert durch die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft zur Entschädigung bei Haftpflichtfällen. Insofern war also eine Vermögensbeschädigung der Versicherungsnehmer i. S. des § 263 StGB. nicht gegeben und zwar auch nicht etwa für die Zeit, solange die Versicherungspolice noch nicht ausgestellt war; denn die Verpflichtung zur Prämienzahlung konnte für das Vermögen der Versicherungsnehmer immer nur unter der Voraussetzung der Gegenleistung Bedeutung haben und auch die Möglichkeit einer Anfechtung kann hier nicht von Belang sein, wie sich aus folgendem ergeben wird. Daß die Versicherungsnehmer ihre Willenserklärung und damit den Versicherungsvertrag jeweils wegen Irrtums anfechten konnten (§ 119 BGB.), dann aber ihnen ihre urkundlichen Versicherungsanträge die gerichtliche Geltendmachung der Anfechtung erschwerten und ihnen durch diese Geltendmachung Unkosten erwuchsen, kann nämlich für das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung nach dem festgestellten Sachverhalt deshalb nicht in Betracht kommen, weil es an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Täuschung der Versicherungsnehmer und dem für diese mit der Anfechtung verbundenen Vermögensschaden fehlt. Wenn die Versicherungsnehmer durch die von der Gesellschaft ihnen gegenüber eingegangenen Verpflichtungen für ihre Leistungen einen vollen Gegenwert erhielten, sonach durch den Abschluß des Versicherungsvertrags an ihrem Vermögen nicht geschädigt worden waren, dann liegt die Ursache für den Vermögensschaden, der ihnen späterhin etwa aus der Anfechtung erwuchs, in einer Betätigung des freien Willens der Versicherungsnehmer selbst. Daran wird durch den Umstand nichts geändert, daß das Anfechtungsrecht der Versicherungsnehmer von vornherein durch das Vorhandensein eines dem Gegner zu Gebote stehenden urkundlichen Gegenbeweismittels beeinträchtigt war, da trotz des Bestehens des Anfechtungsrechts beim Ausgleich von Leistung und Gegenleistung der Gesamtwert des Vermögens der Versicherungsnehmer infolge des Abschlusses der Versicherungsverträge keine Aenderung erfuhr (RG. Bd. 16 S. 1). Anders läge die Sache nur dann, wenn ein Versicherungsnehmer nach seinen besonderen Verhältnissen, soweit diese dem Angeklagten bekannt waren, die Uebernahme der Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrage als eine Last hätte empfinden müssen, die durch den Wert der Rechte aus dem Versicherungsvertrage nicht in ihrer vollen Höhe ausgeglichen worden wäre, so daß er zur Beseitigung dieser Mehrbelastung seines Vermögens von dem Anfechtungsrechte hätte Gebrauch machen müssen. Aber auch dann wäre die für den Tatbestand des § 263 StGB. maßgebende Vermögensbeschädigung keineswegs allein in den Kosten des Anfechtungsprozesses, sondern in der unverhältnismäßigen Belastung des Versicherungsnehmers und der damit verbundenen Vermögensminderung zu finden, die der Angeklagte durch Täuschung verursacht hätte, und die Kosten des Anfechtungsprozesses könnten dabei nur insofern in Betracht kommen, als sie mit der Vermögensminderung und der Zwangslage zusammenhängen würden, die von dem Angeklagten durch Täuschung

des Versicherungsnehmers verursacht worden wäre. Nach den Feststellungen des Urteils ist aber eine solche Voraussetzung in keinem der vorliegenden Fälle gegeben. Dagegen kommt betrügerisches Handeln des Beschwerdeführers aus einem anderen Gesichtspunkt in Frage. Der Angeklagte hat der Versicherungsgesellschaft in jedem Falle die unwahre Tatsache vorgespiegelt, daß ein sachlich in Ordnung gehender Versicherungsantrag vorliege, und hat damit zugleich die Tatsache unterdrückt, daß der urkundliche Antrag nicht dem wahren Willen des Antragstellers entsprach und deshalb anfechtbar war; er hat dadurch die Versicherungsgesellschaft in Irrtum versetzt, zur Ausstellung einer dem formell vorliegenden Versicherungsantrag entsprechenden Police bestimmt und für sich selbst einen Anspruch auf Provision begründet, der selbstverständlich nach seiner Absicht für ihn verwirklicht werden sollte und vielleicht auch alsbald und noch vor der Anfechtung des Versicherungsvertrags verwirklicht worden ist. Hiermit war aber die Gesellschaft an ihrem Vermögen beschädigt, da sie die Anfechtung des Versicherungsvertrags zu erwarten hatte, mit der Anfechtung das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen war (§ 142 BGB.), auf das Obsiegen des materiellen Rechtes im Rechtsstreit gerechnet werden muß und demzufolge der Provisionsanspruch des Angeklagten ungerechtfertigt und die Versicherungsgesellschaft an ihrem Vermögen geschädigt ist. (Urt. des I. StS. vom 24. November 1913, I D 748/1913). E.

3246

II.

§ 352 StGB. ist nicht anwendbar, wenn ein Beamter überhaupt kein Recht zur Gebührenerhebung hat. Aus den Gründen: Die Vorschrift des § 352 schließt wegen ihrer allgemeinen Fassung einen Zweifel über ihre Tragweite allerdings nicht aus (RG. 19, 30 insbes. 35 ff.). Mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte und nach dem Wortlaut muß aber daran festgehalten werden, daß von einem eigennützigen übermäßigen Gebührenbezug nur gesprochen werden kann, wenn ein Beamter, dem das Recht zur Erhebung von Gebühren als Rechtsanspruch kraft seiner Dienstbefugnisse zusteht, die Berichtigung nicht geschuldeter Gebühren einzelnen Personen ansinnt. § 352 erwähnt nicht lediglich einen Beamten, der Gebühren „erhebt", sondern einen solchen, der Gebühren „zu erheben hat". Die Fassung weist darauf hin, daß dem Beamten ein Anspruch kraft eigenen Rechts zukommen und die Gebühr unmittelbar zu seinem Vorteil erhoben werden muß (RG. 19, 30 insbes. S. 37). (Urt. des I. StS. vom 11. Dezember 1913, 1 D 824/1913). E.

3273

III.

Ist ein Kaufmann so krank, daß er die Bilanz auch unter Mitwirkung einer Hilfskraft nicht ziehen kann, sondern durch einen anderen ziehen lassen müßte, so kann er für die Unterlassung nicht gestraft werden. Aus den Gründen: Bedenklich ist die Ansicht, daß der Angeklagte trotz Erkrankung die Bilanz durch einen Angestellten habe fertigen lassen können. Die Bilanzziehung liegt dem Inhaber des Handelsgewerbes ob. Er muß die Bilanz auch unterzeichnen. Die Uebertragung dieses Geschäfts seinem ganzen Umfang nach auf einen Dritten ist nicht zulässig. War der Angeklagte aber infolge einer schweren Gehirnerschütterung in dem Grad, wie der Beweisantrag behauptet, erkrankt, so war er möglicherweise nicht imstande, einen Angestellten mit ihrer Anfertigung zu beauftragen und dessen Tätigkeit so zu leiten und zu überwachen, daß er die Zusammenstellung prüfen, sie als richtig genehmigen und unterzeichnen konnte. Deshalb mußte auf die Art der Erkrankung näher eingegangen werden, besonders darauf, ob sie so untergeordneter Art war, daß sie die Bilanzziehung unter Mitwirkung einer Hilfskraft ermöglichte (RG. Entsch. Bd. 1 S. 49, Rechtspr. Bd. 7 S. 730). War aber der Angeklagte tatsächlich außerstande, die Bilanz zu fertigen, so konnte er nicht bestraft werden. (Urt. des I. StS. vom 11. Dezember 1913, 1 D 1025/13). E.

3245

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Großeltern haben gegen die Anordnung der Zwangserziehung über einen Enkel in der Regel kein Beschwerderecht (ZwEG. Art. 4, 12; FGG. §§ 20, 57 Abs. 1 Ziff. 9, Abs. 2). Die Eheleute H. legten gegen die vom Beschwerdegerichte bestätigte Anordnung der ZwE. des minderjährigen ehelichen Kindes ihrer ehelichen Tochter die sofortige weitere Beschwerde ein. Sie wurde als unzulässig verworfen.

Gründe: In der Rechtslehre wird angenommen, daß nur die im Art. 4 ZwEG. aufgeführten Beteiligten auf die sofortige Beschwerde beschränkt sind, den übrigen Beteiligten aber die einfache Beschwerde zusteht. Hierdurch würde jedoch der Zweck des Gesetzes vereitelt, einerseits möglichst rasch die Angelegenheit zu erledigen und andrerseits die immerhin mißliche Aufhebung einer tatsächlich eingeleiteten ZwE. zu vermeiden. Es wird deshalb an der Ansicht festgehalten, daß eine die ZwE. anordnende Verfügung nur von den im Art. 4 bezeichneten Personen und nur mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann und daß eine Entscheidung des LG. über eine solche Verfügung nur mit der sofortigen weiteren Beschwerde angefochten werden kann. In der weiteren Beschwerde wird die Berechtigung der Großeltern darauf gestützt, daß sie nach §§ 1601 ff. BGB. u. U. unterhaltspflichtig sind und daß die Anordnung der ZwE. eine die Sorge für die Person des Minderjährigen betreffende Angelegenheit enthält und die Großeltern ein berechtigtes Interesse haben, eine solche Angelegenheit wahrzunehmen. Die weitere Beschwerde behauptet also, daß durch die Anordnung der ZwE. wegen der Unterhaltspflicht der Großeltern deren eigenes Recht verletzt wird. Die Beschwerde wird also insoweit auf den nach Art. 12 ZwEG. anwendbaren § 20, im übrigen auf den § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. gegründet. Allein die Unterhaltspflicht der Großeltern wird durch die Anordnung der ZwE. nicht berührt. Denn wenn Großeltern gegenüber einem Enkel unterhaltspflichtig sind, ist es auf ihre Unterhaltspflicht ohne Einfluß, wo sich der Enkel befindet; es kommt also auch nicht in Betracht, ob er in ZwE. genommen ist. Anders wäre es nur, wenn die Großeltern dem Enkel den Unterhalt statt in Geld in Natur gewähren dürften. Dies ist aber nach § 1612 Abs. 1 BGB. nicht der Fall. Daß nach der Absicht des Gesetzes das Beschwerderecht der Großeltern nicht auf ihr finanzielles Interesse an dem Unterhalte des Kindes gestützt werden kann, ist auch daraus abzuleiten, daß von dem Ausschusse der AbgK. beantragt worden war, in den Abs. 3 des Art. 4 wegen der der Staatskasse nach dem Art. 8 Abs. 2 obliegenden Verpflichtung auch die Kreisfiskalate als Vertreter des Fiskus aufzunehmen, daß aber dieser Antrag abgelehnt wurde. Die Unterhaltspflicht der Großeltern ist allerdings insofern von Bedeutung, als aus ihr das berechtigte Interesse abgeleitet werden kann, auf Grund dessen der § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. die in ihm verliehene Beschwerdeberechtigung gewährt. Allein da es sich hier um die sofortige Beschwerde handelt, kann das Beschwerderecht auf § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. wegen des § 57 Abs. 2 überhaupt nicht gestützt werden. (Beschl. d. I. ZS. vom 30. Januar 1914, Reg. III 6/1914). W.

3305

II.

Wiederherstellung des gelöschten Eintrags einer durch Konkurs aufgelösten G. m. b. H. Dauer und Aufgaben des Liquidationsverfahrens. Im Geschäftsregister ist die Firma „Süddeutsche G.Warenfabrik m. b. H." eingetragen. Am 2. April 1912 wurde über ihr Vermögen Konkurs eröffnet. Das Verfahren wurde durch Zwangsvergleich erledigt. Die Fortsetzung wurde nicht beschlossen. Am 30. November 1912 meldete der frühere Geschäftsführer P. zur Eintragung an, daß er nunmehr Liquidator sei. Auf weitere Anmeldung wurde am 30. April 1913 das Erlöschen der Firma eingetragen. Nachträglich stellte sich heraus, daß zwischen der Firma D. als Klägerin und der Süddeutschen G.Warenfabrik m. b. H. als Beklagten ein Rechtsstreit über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung mehrerer Forderungen anhängig war. Darauf eröffnete das Registergericht dem P., daß es die Eintragung des Erlöschens der Firma tilgen und die früheren Einträge der Gesellschaft und des Liquidators wiederherstellen werde, wenn nicht Widerspruch erhoben werde. Der Widerspruch des P. wurde zurückgewiesen; ebenso die sofortige Beschwerde. Auch seine sofortige weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Gründe: Die G. m. b. H. wird durch den Konkurs aufgelöst (GmbHG. § 60 Nr. 4). Ihre Liquidation findet erst nach der Beendigung des Konkursverfahrens statt. Das LG. hält die Liquidation noch nicht für beendet, weil noch ein Rechtsstreit zwischen der G. m. b. H. und einem Gläubiger schwebt und es nicht ausgeschlossen sei, daß der G. m. b. H. hieraus ein Anspruch gegen die Klagepartei, wenn auch vielleicht nur auf Kostenerstattung, erwachse oder daß sich noch eine Verpflichtung gegen die Klägerin ergebe. Die Liquidation sei daher nicht erledigt. Der Beschwerdeführer glaubt, daß kein Anlaß zur Wiederherstellung der Einträge bestehe, da der Rechtsstreit nur noch geringfügige Gegenstände betreffe und eine Schädigung der Gegenpartei schon dadurch ausgeschlossen sei, daß der Kaufmann H. sich den nichtbevorrechteten Gläubigern gegenüber für die Zwangsvergleichsquote verbürgt habe.

Die G. m. b. H. tritt mit der Beendigung des Konkurses in Liquidation. Durch die Auflösung ist nur der Erwerbstätigkeit ein Ziel gesetzt, nicht aber verschwindet sie hinsichtlich begründeter Rechtsverhältnisse aus dem Verkehr; diese Rechtsverhältnisse müssen vielmehr im Konkursverfahren abgeschlossen werden und, falls sie darin nicht vollständig erledigt werden, im nachfolgenden Liquidationsverfahren. Nach § 70 GmbHG. haben die Liquidatoren die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen einzuziehen und das Vermögen in Geld umzusetzen. Zur Beendigung laufender Geschäfte gehört auch die Erledigung schwebender Prozesse. Solange der Rechtsstreit noch schwebte, war also die Aufgabe der Liquidatoren, daher auch die Liquidation nicht beendigt. Daß sich der Kaufmann H. den Konkursgläubigern verbürgt hat, kommt nicht in Betracht; denn zunächst haftet immer noch die Süddeutsche G.Warenfabrik m. b. H. der Klägerin, wenn auch nur mit der Vergleichsquote, für ihre Ansprüche; die Klägerin kann nicht gezwungen werden, ihre Ansprüche aufzugeben und gegen den Bürgen mit neuer Klage vorzugehen. Die Berufung auf die Entscheidung des Senats vom 26. März 1903 (n. S. 4 S. 226) geht fehl. Es handelte sich dabei nicht um eine G. m. b. H. sondern um eine Einzelfirma. Bei dieser wird allerdings die Firma als solche bedeutungslos, wenn der Inhaber den Geschäftsbetrieb endgültig eingestellt und die Handelsniederlassung aufgehoben hat; für die Verbindlichkeiten haftet nach wie vor der Geschäftsinhaber persönlich. Bei der G. m. b. H. dagegen ist die juristische Person auch nach Einstellung des Geschäftsbetriebs Träger der Rechte und Verpflichtungen und findet nach Auflösung der Gesellschaft die Liquidation statt (§ 66 GmbHG.). Die Gesellschaft hört mit dem Eintritte der Liquidation nicht auf, nur ihre Art und ihr Zweck werden verändert (Staub, GmbHG. § 60 Anm. I, 1). (Beschl. des I. ZS. v. 16. Januar 1914, Reg. III, 107/1913). W.

3276

B. Strafsachen.

I.

Verpflichtet auch ein formloser Kaufvertrag zur Anzeige nach Art. 2 GZG.? Aus den Gründen: Die Anzeigepflicht nach Art. 2 GZG. hängt nicht von dem Vorhandensein eines nach bürgerlichem Rechte gültigen Kaufvertrags, eines notariellen Kaufvertrags ab. Das GZG., das mit seinen Vorläufern, insbesondere dem GrEG., ein Ganzes bildet, bekämpft volkswirtschaftliche Schäden und Gefahren (v. Braun, GZG. 2. Aufl. S. XII), seine Maßregeln gehören daher wesentlich dem öffentlichen, dem Polizeirecht an. Auch die Organe, deren es sich bedient, sind teils öffentliche (Distriktsverwaltungsbehörden, Gemeindeausschüsse), teils solche, deren gemeinnützigen Zwecken ein Vorzug vor den eigensüchtigen Bestrebungen der Güterhändler zukommen soll. Für die Darlehenskassenvereine usw. (s. Art. 1 Abs. 1 GZG.) ist insbesondere die Ausübung des Vorkaufes weniger ein Recht, als eine soziale Aufgabe; sie sollen den Bauernstand gegen die Ausbeutung durch den gewerbsmäßigen Güterhandel schützen.

Unbegründet ist der Einwand, daß die Anzeigepflicht des Art. 2 in enger Beziehung zum Art. 1 stehe, daß sie entsprechend dem § 510 BGB. ein Gegenstück des Vorkaufsrechtes bilde und daher stets ein gesetzlich begründetes Vorkaufsrecht voraussetze. Die Anzeigepflicht des Güterhändlers, die erst recht eine wirtschaftspolizeiliche Einrichtung ist, beruht nicht allein auf dem Art. 2; ihre auf den allgemeinen Vorbehalt in Art. 17 gestützte Regelung durch die Bek. vom 24. August 1910 verfolgt weitergehende und mehrerlei Zwecke: zunächst die Sicherung der Ausübung von Vorkaufsrechten (§ 1), sodann die polizeiliche Ueberwachung der Zertrümmerungen (§ 2), endlich besondere Schutzmaßnahmen in bezug auf Waldgrundstücke, Bodenzinsbelastung, Abmarkung usw. (§§ 7, 9 u. a.). Besonders die Anzeige nach § 1 (Art. 2 des Ges.) soll den Personen des Art. 1 die Entschließung über ihr pflichtmäßiges Eingreifen bei einem Güterhandel ermöglichen; diesem Zwecke dienen die im Gesetze genannten Erfordernisse der Anzeige; deren Ergänzung durch Angabe der notariellen Urkunde hat erst die Vollzugsbekanntmachung hinzugefügt. Dem Zweck ist nun schon dann genügt, wenn die wesentlichen Bestandteile eines Kaufes, die Einigung über dessen Gegenstand, den Kaufpreis und die Zahlungsbedingungen vorliegen. Auch bei einem nicht notariell beurkundeten Gutskaufe ist die Anzeige nicht unwichtig, da sie das Einschreiten der Behörde gegen die spätere Zertrümmerung ermöglicht. Denkbar ist übrigens, daß z. B. der Darlehenskassenverein, der auf diesem Wege gewisse Abmachungen mit dem Güterhändler erfährt, im unmittelbaren Verkehr mit dem verkaufslustigen Bauern oder auch im Zivilrechtswege seine Ansprüche auf den Vorkauf sichert. Zu beachten ist ferner, daß die Anzeigepflicht doppelt ist: der Güterhändler hat von dem Anwesenserwerb und von der beabsichtigten Zertrümmerung je eine Anzeige zu erstatten. Wäre ihm nun erlaubt, die erstere durch ein formloses Erwerbsgeschäft zu umgehen, so entfiele mit der hierauf bezüglichen Anzeige für die nach Art. 1 Abs. 1 Beteiligten regelmäßig die Möglichkeit, ihre Rechte und die Interessen des Anwesensverkäufers wahrzunehmen.

Sowohl nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen, als

auch nach dem öffentlichen Recht, insbesondere dem Gebührenrecht, ist die Umgehung der rechtmäßigen Geschäftsform, hier des Kaufvertrags, zu unlautern Zwecken durch die Auslegung hintanzuhalten, derzufolge das umgangene, durch andere Formen verdeckte Geschäft maßgebend bleibt. Nach den hier maßgebenden öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten muß, was die Parteien unter sich als Kauf vereinbart haben und fortgelten lassen wollen, auch hinsichtlich der polizeilichen Anzeigepflicht als Kauf gelten, zumal wenn auch noch die Vollmacht durch den Ausschluß der Schranke in § 181 BGB. und durch den, sei es ganz ausgeschlossenen oder durch die hohe Anzahlung erschwerten Widerruf die Kaufabsicht verrät (vgl. ObLGZ. Bd. 12 S. 332 Ziff. 10 und v. d. Pfordten in BayZfR. 1911 S. 304). Der Güterhändler soll nicht nur den Bevollmächtigten hervorkehren dürfen, wenn die Anzeigepflicht in Frage kommt. Aehnliche Umgehungen bekämpfen denn auch das GZG. und das GrEG. mehrfach (Art. 1 Abs. 3, Art. 6, 8, 12 GZG., Art. 19 Halbs. 1 GrEG.). Aus § 2 Abs. 3 der VollzBek. kann nicht abgeleitet werden, daß hiemit die Umgehung unschädlich gemacht sei; denn § 2 bezieht sich auf die zweite, auf die sog. Zertrümmerungsanzeige des Güterhändlers, die mit dem Vorkaufsrechte nichts zu tun hat. Wertlos ist ferner der Hinweis des Beschwerdeführers auf das Rücktrittsrecht, das nach der im Vergleiche zu Art. 1—4 GZG. weiter gehaltenen Fassung der Art. 5 ff. den Beteiligten auch gegenüber einem Scheingeschäfte, ja selbst bei einer unwiderruflichen Vollmacht des Güterhändlers gewahrt bleibe. Um diese Frage handelt es sich überhaupt nicht, sondern nur um das Vorkaufsrecht und um den Umfang der hierauf bezüglichen Anzeigepflicht. Die letztere soll es auch den Vorkaufsberechtigten ermöglichen, das Vorhandensein ihres Rechtes zu prüfen; es soll diese Prüfung nicht dem Güterhändler allein überlassen bleiben.

Die dreitägige Anzeigepflicht nach Art. 2 GZG. beginnt mit dem Abschluß des privaten Kaufvertrages, der übrigens gegebenenfalls durch die Ausstellung der Vollmacht noch formell bestätigt und zeitlich festgelegt ist (vgl. a. Sturm, BlAdmPr. Bd. 62 S. 229). Die Wichtigkeit der hier in Frage stehenden volkswirtschaftlichen, also öffentlichen Interessen war der Anlaß, die Ausübung des Vorkaufsrechtes durch strenge Strafe (Vergehensstrafe) gegen eine Vereitelung zu schützen; der zivilrechtliche Schutz, der daneben im Wege eines Schadensersatzanspruches denkbar ist (v. Braun, GZG. Bem. 2 zu Art. 8), hat engere Grenzen. Soll aber der Strafschutz nicht zeitweilig versagen, so muß er neben der Anzeigepflicht bei regelmäßigen, formgerechten Gutsankäufen auch jene bei formlosen mitumfassen, wenn der Güterhändler gerade durch die Weglassung der Form den ihm günstig scheinenden Selbsterwerb beibehalten, aber dessen Nachteile umgehen und vermeiden will. Begreiflicherweise will ja der Bauer, der sich einem Güterhändler anvertraut, nicht nur einen möglichst hohen Kaufschilling erzielen, sondern auch möglichst bald und ohne eigene Gefahr in den Besitz des Erlöses gelangen. Diesem Streben dient die Form des Anwesensverkaufes an den Güterhändler, sie war deshalb bis zur Einführung des GZG. die allgemein herrschende; das ist auch in der gesamten Anlage des Gesetzes ausgedrückt. Daß der Erwerb regelmäßig in der Form Rechtens geschieht, mag im Gesetze wohl stillschweigend vorausgesetzt sein, es ist aber nicht ausdrücklich angeordnet. Der Vorwurf einer ausdehnenden Gesetzesauslegung durch das OLG. ist daher unbegründet. Der Angeklagte hat durch sein Gesamtverhalten bewiesen, daß er sich der Anzeigepflicht bewußt war und daß seine Veranstaltungen gerade darauf hinausgingen, sich den ihm durch das GZG. auferlegten Verpflichtungen zu entziehen. (Urt. v. 31. Januar 1914, Rev.-Reg. Nr. 702/1913). Ed.

3307

II.

Unter welchen Voraussetzungen ist ein mit der Ausübung eines Gewerbes verbundener ruhestörender Lärm nach § 360 Nr. 11 StGB. strafbar? Der Angeklagte, ein Wirt, hat die polizeiliche Erlaubnis zum Betriebe einer zur Wirtschaft gehörigen Kegelbahn, in der die Gäste häufig über Mitternacht hinaus kegelten. Ist das in der Kegelbahn befindliche, durch eine einfache Vorrichtung zu öffnende und zu schließende Oberlicht — der Schacht — offen, so dringt der Lärm des Kegelns nach außen, so daß die Nachbarschaft in der Nachtruhe gestört wurde. Da der Angeklagte trotz Verwarnung das Oberlicht nicht schloß, wurde er nach § 360 Nr. 11 StGB. bestraft. Seine Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Das BG. hat in Uebereinstimmung mit der Rechtslehre und Rechtsprechung zutreffend unterschieden zwischen dem Lärm, der bei Ausübung eines polizeilich genehmigten Gewerbes oder bei Benützung polizeilich gestatteter Anlagen oder Einrichtungen nicht vermieden und darum nicht als Ruhestörung i. S. des § 360 Nr. 11 StGB. erachtet werden kann, und dem Lärm, der ohne Beeinträchtigung des gewerblichen Betriebs hintangehalten werden kann und der nach § 360 Nr. 11 StGB. strafbar ist, wenn nichts geschieht, um ihn zu vermeiden oder zu mindern. Es ist schon in der Begr. des Entw. (vom Jahre 1869) der GewO. bemerkt, daß die Fassung des § 1 Abs. 1, indem sie an die Person des Gewerbetreibenden, nicht an den Betrieb anknüpft, dem Mißverständnisse vorbeugen soll, als seien „bei der Ausübung der Gewerbe durch die nach den Bestimmungen des Gesetzes dazu verstatteten (!!! der Herausgeber) Personen die allgemeinen feuer-, sicherheits-, sitten-, preß- usw. polizeilichen Bestimmungen nur insoweit zu beachten, als dieselben in dem Gesetz ausdrücklich vorbehalten sind". Unter den „allgemeinen polizeilichen Bestimmungen", welchen trotz des Grundsatzes des § 1 Abs. 1 GewO. auch Gewerbetreibende unterworfen bleiben, sind jene polizeilichen Bestimmungen zu verstehen, welche aus allgemeinen, polizeilichen Rücksichten ergehen, also wegen der Sicherheit des Staats, der öffentlichen Ordnung, des öffentlichen Verkehrs usw. Eine allgemeine wegen der öffentlichen Ordnung und Gesundheit erlassene Vorschrift ist § 360 Nr. 11 StGB., wonach bei Vermeidung der Bestrafung ruhestörender Lärm nicht erregt werden darf. Das LG. hat einwandfrei festgestellt, daß der durch das Kegeln verursachte, durch den offenen Lichtschacht nach außen gedrungene Lärm das gewöhnliche Maß über Gebühr überschritt und die Allgemeinheit, insbesondere die zahlreichen Inwohner des Nachbarhauses, belästigen und in ihrer nächtlichen Ruhe stören konnte. Bedenkenfrei ist auch festgestellt, daß der Angeklagte durch mühe- und kostenloses, die Kegelgäste nicht belästigendes Schließen des Oberlichts das Dringen des Lärmens nach außen ohne Beeinträchtigung des Gewerbebetriebes hätte vermeiden können. Das RG. und das ObLG. haben stets die Auffassung vertreten, daß zur Ruhestörung und zum groben Unfug i. S. des § 360 Nr. 11 StGB. wohl ein vorsätzliches Tun gehört, daß aber in bezug auf den Erfolg Vorsätzlichkeit nicht gefordert wird, vielmehr auch fahrlässiges Verschulden ausreicht. Nach den Feststellungen wollte der Angeklagte, daß bei offenem Oberlicht gekegelt werde; darin erschöpft sich sein vorsätzliches Tun. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß das Kegeln in unmittelbarer Nähe bewohnter Gebäude, sofern der Lärm in seiner vollen Wirkung nach außen dringt, ganz besonders geeignet ist, die nächtliche Ruhe der Anwohner zu stören, andere unerträglich zu belästigen und namentlich leidende Personen an ihrer Gesundheit zu schädigen. Indem das LG. dem Angeklagten zumutet, daß er bei einiger Ueberlegung sich der Wirkung seines Tuns bewußt geworden wäre, hat es an sein Einsichtsvermögen keine überspannten Forderungen gestellt. (Urt. vom 10. Januar 1914, Rev.-Reg. Nr. 701/1913). Ed.

3284

Oberlandesgericht Nürnberg.

Schiedsgericht oder Schiedsgutachten? Schiedsrichter in eigener Sache. Einrede und Nichtigkeit des Schiedsvertrags (§§ 1025 ff., 274 ff. ZPO., §§ 317 ff., 138 BGB.). Aus den Gründen: Es kann dahingestellt bleiben, ob die Satzungen des beklagten Vereins, wornach die verstärkte Vereinsverwaltung den dem Mitgliede zu vergütenden Brandschaden feststellt und wornach gegen diese Feststellung die Beschwerde an die unter Ausschluß des Rechtswegs entscheidende Generalversammlung zusteht, überhaupt einen Schiedsvertrag nach §§ 1025 ff. ZPO. und nicht bloß eine Einigung über ein Schiedsgutachten (§§ 317 ff. BGB.) bedeuten. Ein wirklicher Schiedsvertrag läge vor, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter mittels Ausspruchs der Zahlungspflicht des beklagten Vereins vereinbart wäre. Um die bloße Vereinbarung eines Schiedsgutachtens würde es sich handeln, wenn nur die Frage, ob und welcher Schaden entstanden ist, durch Schiedsmänner in einer für die Entscheidung des ordentlichen Gerichts bindenden Weise beantwortet werden sollte (JW. 1909, 199 [21]; 1902, 636; RGZ. 29, 319; 45, 350; 67, 71; OLGRspr. 21, 117 u. a.). Geht man von dem Bestehen eines eigentlichen Schiedsvertrags aus, so muß sofort auch dessen Nichtigkeit festgestellt werden. Der den Mitgliedern im Brandfalle zustehende Entschädigungsanspruch soll zunächst durch die verstärkte Vereinsverwaltung und auf Beschwerde durch die Generalversammlung festgesetzt werden. Beide Organe bestehen satzungs- und begriffsgemäß nur aus Vereinsmitgliedern, es sind ihnen auch sonst wichtige Aufgaben der Vereinsverwaltung zugewiesen, die Brandentschädigung ist aus dem Vermögen des Vereins und durch Umlagenerhebung bei den Mitgliedern zu decken. In jedem Brandschadensfalle ist sohin der ganze Verein wie jedes einzelne Mitglied unmittelbar vermögensrechlich beteiligt und hat ein dem Entschädigungsberechtigten entgegengesetztes Interesse. Es verstößt nun gegen den obersten, im öffentlichen Rechte wurzelnden, unverzichtbaren Grundsatz jeder Rechtsprechung, daß Parteien oder ihre Organe Richter, sei es auch nur Schiedsrichter, in eigener Sache seien. Schiedsverträge solcher Art sind wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB. nichtig, ohne daß der Hauptvertrag selbst nichtig zu sein bräuchte (DJZ. 1903, 549; OLGRspr. 3, 159; 21, 124; 19, 168; RGZ. 29, 319; 37, 427; 73, 431). Was der Beklagte zur Bekämpfung dieses allgemein herrschenden Grundsatzes mit dem Hinweis auf Entscheidungen über Ansprüche des Staates durch die staatlichen Gerichte vorgebracht hat, widerlegt sich mit der einfachen Verweisung auf das Staatsrecht. Wenn der Staat als Träger der Justizhoheit durch seine unabhängigen, unbeteiligten Richter die Rechtspflege versieht und wenn vor diesen Richtern auch der Staat als Inhaber von Vermögensrechten Recht zu nehmen hat, so ist nicht der Staat selbst Richter in eigener Sache. Seine Parteistellung vor den Gerichten entspricht den besonderen Vorschriften der Verfassung und der Prozeßgesetze (Bayr. VerfUrk. Tit. VIII § 5; EG. ZPO. § 4; ZPO. § 18). Diese besonderen Verhältnisse geben keiner Partei die Befugnis sich selbst Recht zu sprechen, sei es auch nur im Wege des Schiedsvertrags.

Geht man davon aus, daß kein wirklicher Schiedsvertrag besteht, so handelt es sich nicht mehr um die Einrede des Schiedsvertrags oder überhaupt um prozeßhindernde Einreden i. S. des § 274 ZPO. Es sind vielmehr, wie bei der Berufung auf ein der Selbstverwaltung des Vereins unterliegendes Sonderrecht eines Mitglieds oder wie bei der Behauptung eines bindenden Schiedsgutachtens, allgemeine Einwendungen gegen die Entschädigungsforderung des Klägers in Frage, diese Einwendungen sind auf Grund der Entscheidung über die Hauptsache zu würdigen, da sie nicht zu den Einreden nach § 274 II Nr. 2 und 3 ZPO. zählen (RGZ. 37, 427; Recht 1906 S. 433 ff.). (Urt. des II. ZS. vom 9. Juli 1913, L. 151/13). B——r.

3240

Oberlandesgericht Augsburg.

Gebührenpflicht des Verweisungsbeschlusses nach § 697 ZPO. Aus den Gründen: Es ist zunächst zu erörtern, ob für den ohne mündliche Verhandlung erlassenen Verweisungsbeschluß des AG. nach § 697 ZPO., mag er auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners erlassen sein, die $^{5}/_{10}$ Gebühr aus § 26 GKG. angesetzt werden darf. Die herrschende Meinung bejaht das (vgl. Gaupp-Stein, ZPO., 10. Aufl. zu §§ 697 und 505, Neumiller, ZPO., 3./4. Aufl. zu §§ 697 und 505, Sydow-Busch, GKG., 9. Aufl. zu § 18 Nr. 4, § 26 Nr. 5, § 30 Nr. 5, OLG. Köln in der Zeitschr. für Deutsche Justizsekretäre 1912 S. 98, Rittmann, GKG., 5. Aufl., § 30 Anm. 6, § 26 II Anm. 8, OLGRspr. XVII S. 218, XXIII S. 202, XXV S. 281). Für die Gebührenfreiheit des Verweisungsbeschlusses hat sich LGR. Gerstlauer in der BayZfR. 1913 S. 366 ausgesprochen, ferner das Kammergericht (OLGRspr. XXVII S. 128) und das OLG. Stettin ebenda XXV S. 144 (vgl. auch BayZfR. 1913 S. 460). Der Senat entscheidet sich für die herrschende Meinung.

Eine verschiedenartige Behandlung des Verweisungsbeschlusses, je nachdem er auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners oder beider ergeht, würde nicht im Sinne der Nov. zur ZPO. von 1909 liegen. Wenn das beabsichtigt gewesen wäre, hätte es der Gesetzgeber ausdrücken müssen. Der Verweisungsbeschluß ist ferner nicht nur eine prozeßleitende Verfügung, sondern eine Entscheidung i. S. des § 18 Nr. 3 GKG. (vgl. Busch-Sydow, GKG., 9. Aufl. zu § 18). Das AG. hat z. B. zu prüfen, ob nicht für den Anspruch nach § 23 GVG. das AG. ausschließlich zuständig und deshalb eine Verweisung an das LG. ausgeschlossen ist. Es ist weiter z. B. vorgekommen, daß der Beklagte bei der Einlegung des Widerspruchs zwar die Verweisung an das LG. beantragte, jedoch nicht an das vorgesetzte LG., sondern an ein anderes, weil für dieses der vereinbarte Gerichtsstand bestehe. Der Zweck der Novelle von 1909 konnte nun nicht sein, für den Verweisungsbeschluß, der ohne mündliche Verhandlung ergeht, eine volle Gebühr aus § 18 GKG. einzuführen. Den von der herrschenden Meinung abweichenden Ausführungen (vgl. insbes. die Abhandlung von Gerstlauer) ist zuzugeben, daß die herrschende Meinung unhaltbar ist, soweit sie die Gebührenpflicht auf § 26 Abs. 1 Nr. 2 GKG. stützt. Eine Berücksichtigung der Unzuständigkeit des Gerichts „von Amts wegen" i. S. des § 26 Abs. 1 Nr. 2 liegt nicht vor; denn wenn im Mahnverfahren weder der Gläubiger bei Anbringung des Gesuchs noch der Schuldner beim Widerspruch den Verweisungsantrag stellt, so hat das AG. vorläufig nichts „von Amts wegen" zu beschließen, sondern es muß weitere Anträge in der öffentlichen Sitzung abwarten. Das ergibt sich schon durch einen Vergleich der Nr. 1 und der Nr. 2 des § 26 GKG. Nr. 1 bezieht sich auf die prozeßhindernden Einreden, die von den Parteien vorgebracht sind, Nr. 2 bezieht sich auf alle prozeßhindernden Einreden, soweit die Parteien auf sie nicht verzichten können, d. h. auf solche, die das Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen hat, auch wenn sie nicht vorgebracht sind. Vorgebrachte prozeßhindernde Einreden können immer nur unter Nr. 1 fallen. Wenn nun der Beklagte bei der Einlegung des Widerspruchs sofort die Verweisung an das LG. beantragt, so bringt er damit die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des AG. (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 GVG.) vor. Das GKG. unterscheidet nicht, ob die Einrede in der Hauptverhandlung oder außerhalb in dem neu eingeführten schriftlichen Verfahren (§ 697 II ZPO.) vorgebracht wird. Falls nun der Gläubiger sofort bei

der Einreichung des Gesuches um Zahlungsbefehl den Verweisungsantrag stellt, für den Fall, daß der Beklagte Widerspruch einlegt, so nimmt er dem Schuldner im vorhinein die Einrede der Unzuständigkeit ab, und erklärt sich mit der Verweisung an das LG. einverstanden. Auch dieser Fall darf daher unter § 26 Abs. 1 Nr. 1 gebracht werden. Denn wie schon bemerkt, wird eine verschiedenartige Bewertung, je nachdem der Verweisungsantrag vom Gläubiger oder Schuldner gestellt ist, nicht den Absichten des Gesetzgebers gerecht. Wenn der Gesetzgeber den Verweisungsbeschluß nach § 697 ZPO. gebührenrechtlich ebenso behandeln wollte, wie die Fälle des § 47 Abs. 1 Nr. 3 GKG., so hätte er den Fall des § 697 ZPO. bei der Novelle von 1909 dort aufführen müssen. Gerade daraus, daß dies nicht geschehen ist, läßt sich ein Beweisgrund dafür entnehmen, daß zwar das Verfahren abgekürzt und vereinfacht werden, daß aber keine Schädigung der Staatskasse eintreten sollte. Bei der Neuregelung des Kostenfestsetzungsverfahrens wurde z. B. ausdrücklich bestimmt (s. § 47 Abs. 1 Nr. 5a GKG.), daß die Entscheidungen über die Erinnerungen gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Gerichtsschreibers gebührenfrei sind. Wenn eine Partei den Verweisungsantrag stellt und dann die Sache vor der Entscheidung durch das LG. durch Zurücknahme oder Vergleich erledigt wird, werden die Parteien allerdings in der Regel gebührenrechtlich ungünstiger behandelt, als wenn sie vor dem AG. weiter verhandelt hätten; das können sie aber durch stillschweigende oder ausdrückliche Vereinbarung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit vermeiden. (Beschl. d. I. ZS. v. 25. Februar 1914, Beschw.-R. II 6/1914). — — — n.

3303

Bücheranzeigen.

Ausführungsbestimmungen vom 15. September 1913 zum Reichsstempelgesetze. 126 Seiten auf Dünndruckpapier. Mk. —.50.

Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom 8. November 1913 zum **Gesetze über einen einmaligen außerordentlichen Wehrbeitrag (Wehrbeitraggesetz)** vom 3. Juli 1913. 62 Seiten. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Mk. —.40.

Die beiden Heftchen sollen als Ergänzung zu den Textausgaben des Reichsstempelgesetzes und des Wehrbeitragsgesetzes dienen, die ohne Vollzugsvorschriften im C. H. Beck'schen Verlage erschienen sind.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Geschäftsvereinfachung. Eine Justizverwaltung stößt immer auf gewisse Schranken, wenn sie Erleichterungen und Vereinfachungen der Geschäfte einführen will. Die äußeren Formen des dienstlichen Verkehrs können zwar einfach und zweckmäßig gestaltet werden, damit ist aber im wesentlichen nur der Staatsanwaltschaft, den Aufsichtsbehörden und allenfalls den Richtern der freiwilligen Gerichtsbarkeit gedient. Eine durchgreifende Entlastung der Prozeßrichter kann nur die Gesetzgebung bringen, indem sie z. B. noch weitere Geschäfte dem Gerichtsschreiber zur selbständigen Erledigung überweist, die Eröffnungs- und Ueberweisungsbeschlüsse beseitigt, die schriftliche Fassung der Urteilsgründe in bestimmten Fällen erläßt usw. Bis das geschieht, muß mit kleinen Mitteln weitergearbeitet werden. Uebrigens können Vorschriften der Justizverwaltung allein nicht viel nützen, sie bleiben allzu leicht auf dem Papiere stehen. Die Hauptsache wird immer sein, daß der einzelne Beamte darüber nachdenkt, wie er jedes Geschäft möglichst einfach, rasch und in knappster Form erledigen kann, und daß er entschlossen mit altem Formelkram aufräumt.

So geht denn auch die neueste Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz über Geschäftsvereinfachung vom 18. März 1914 (JMBl. S. 25) von der richtigen Erkenntnis aus, daß die Justizverwaltung augenblicklich viel Neues nicht schaffen kann, sondern daß eben ein möglichst weitgehender Gebrauch von den Erleichterungen gemacht werden muß, die bisher schon eingeführt wurden. In der Tat hat das Justizministerium für den Geschäftskreis, in den es fördernd und regelnd eingreifen kann, nämlich auf den Gebieten der Dienstaufsicht und der Justizverwaltung im engeren Sinne, vieles getan, um Arbeit, Schreibwerk und Kosten zu ersparen und den Geschäftsgang zu beschleunigen. Es sei nur daran erinnert, daß es zahlreiche Verrichtungen den äußeren Behörden übertragen hat, die früher dem Ministerium vorbehalten waren, und daß damit eine Masse von Berichten, von Aktenversendungen usw. weggefallen ist. Was in dieser Hinsicht allein im Jahre 1913 geschehen ist, ergeben die Mitteilungen im Jahrgang 1913 dieser Zeitschrift S. 260 (Nr. 3000), S. 344 (Nr. 3066), S. 363 (Nr. 3086) und die Abhandlung auf S. 471 (unter VI, VII) (s. a. die Abhandlung im Jahrgang 1914 S. 12 ff.). Das JMBl. für 1914 enthält wieder zwei Bekanntmachungen, die nach dieser Richtung wirken sollen (Bek. vom 17. Februar 1914 S. 24 und vom 21. Februar 1914 S. 33).

Die neue Bekanntmachung vom 24. März 1914 verweist auf die bisher erlassenen Vorschriften über Vereinfachung des dienstlichen Verkehrs, Entlastung der Richter von Schreibarbeit und Abfassung der Urteile. Sie erläutert und ergänzt diese in einigen Punkten und trifft Anordnungen, um ihre vollständige Durchführung zu sichern. Sie will vor allem dafür sorgen, daß sie allen Beamten durchaus geläufig werden und daß auch der Nachwuchs rechtzeitig mit ihnen vertraut gemacht wird.

3311

Ueber **die Ermittelung früherer Bestrafungen der Angeklagten und der Zeugen** hat das Justizministerium am 25. März ds. Js. (JMBl. S. 35) eine neue Bekanntmachung erlassen. Sie bringt die Bekanntmachung vom 25. Juni 1908 (JMBl. S. 131) in Erinnerung und mahnt zu besonderer Vorsicht bei der Verwertung von Strafen, die im Strafregister gelöscht sind. Solche Strafen sollen im Strafverfahren tunlichst unberücksichtigt bleiben, weil sonst die Löschung von Strafen in der Hauptsache ihren Zweck verfehlt. Daß die Feststellung gelöschter Strafen vielfach unbedenklich unterbleiben kann, folgert die Bekanntmachung aus dem Zwecke der Ermittelung der Vorstrafen und der Bedeutung der Löschung von Strafen. Abgesehen von den Fällen, in denen besondere strafrechtliche Folgen an die Tatsache geknüpft sind, daß der Angeklagte wegen gleicher oder ähnlicher Verfehlungen vorbestraft ist, dient die Feststellung von Bestrafungen dazu, ein richtiges Bild von der Persönlichkeit des Bestraften zu erhalten. Durch die Löschung einer Strafe im Strafregister wird aber anerkannt, daß die Strafe infolge der sonstigen guten Führung des Bestraften für die Beurteilung seiner Persönlichkeit keine oder nur mehr geringe Bedeutung hat.

Für den Fall, daß sich die Notwendigkeit ergibt, Strafen eines Angeklagten oder Zeugen durch seine Befragung zu ermitteln, stellt die Bekanntmachung zur Erwägung, ob es nicht genügt, nur nach Strafen zu fragen, die noch nicht gelöscht sind.

3313

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Nr. 9. München, den 1. Mai 1914. 10. Jahrg.

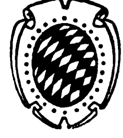
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Der Vorentwurf zu einem Strafvollzugsgesetz.

Von Ministerialrat Dr. **Karl Meyer** in München.

Die „Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern" hat sich wiederholt mit Fragen des Strafvollzugs beschäftigt. So hat in letzter Zeit Strafanstaltsdirektor Leybold hier solche Fragen erörtert.[1]) Sie werden immer aktueller; denn zugleich mit dem Entwurf eines neuen StGB. soll, wenn möglich, auch der Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes dem Reichstag vorgelegt werden.

Die verschiedenen Freiheitsstrafen erhalten ihren Inhalt erst durch die Art des Vollzugs. Das geltende StGB. ist der Aufgabe, die Strafarten in ihrer verschiedenen Schwere voneinander zu sondern und das Wesen des in ihnen dem Verurteilten aufzuerlegenden Strafübels zu umgrenzen, nur ungenügend gerecht geworden. Es kennt weder eine zureichende Individualisierung der Strafzumessung noch eine zureichende Individualisierung des Strafvollzugs. Schon in den 70er Jahren wurde ein Strafvollzugsgesetz erwogen. Im Reichs-Justizamt wurde nach Beratung in einer Kommission von acht Praktikern, in der Bayern durch Direktor Streng-Nürnberg (später Hamburg) vertreten war, der Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes vom 19. Mai 1879 aufgestellt. Er begegnete finanziellen Bedenken und kam über den Bundesrat nicht hinaus. Die Wünsche nach Vereinheitlichung des Strafvollzugs verstummten nicht. Ihnen kamen die Grundsätze des Bundesrats vom 28. Oktober 1897 entgegen, die bei dem Vollzuge gerichtlich erkannter Freiheitsstrafen bis zur weiteren gemeinsamen Regelung zur Anwendung kommen. Eine völlige Einheitlichkeit konnte hierdurch nicht erreicht werden. Nach der Denkschrift vom 22. Februar 1907 über die Beschäftigung der Gefangenen in den zum Vollzuge gerichtlicher erkannter Freiheitsstrafen bestimmten Anstalten gelten in den Bundesstaaten 59 Vorschriften über den Strafvollzug (Dienstanweisungen, Gefängnisordnungen, Hausordnungen, u. dergl.[2])

Durch die Reform des Strafrechts, die neben den Strafen auch die sichernden Maßnahmen bringen wird, ist die Sachlage wesentlich verändert. Schon der Vorentwurf hatte sich mit Fragen des Strafvollzugs weitaus mehr als das geltende Recht befaßt; er hatte Einzelvorschriften über den Vollzug der Freiheitsstrafen und über ihre Differenzierung gegeben und sich grundsätzlich zur Durchführung des Einzelhaftsystems entschlossen. Dabei sah der Vorentwurf die Ergänzung seiner Vorschriften nicht in einem Strafvollzugsgesetz, sondern in den Ausführungsvorschriften des Bundesrats und den Verwaltungsvorschriften der Einzelstaaten vor.[3]) Vorschriften über den Vollzug der sichernden Maßnahmen, insbesondere des Arbeitshauses, traf er nicht.

Die zweite Kommission, die sich der Mitarbeit des auf dem Gebiete des Strafvollzugs besonders erfahrenen Ersten Staatsanwalts Klein, des Vertreters des Generalstaatsanwalts in Berlin, zu erfreuen hatte, hat die Vorschriften des Vorentwurfs über den Strafvollzug noch eingehender gestaltet, zum Teil modifiziert und weiter ausgebaut. Sie hat an dem Einzelhaftsystem festgehalten, jedoch das Strafensystem geändert, der Haft wieder ihre alte Stellung als Freiheitsstrafe für Uebertretungen gegeben, die Einschließung als custodia honesta wieder eingeführt und für sie Beschäftigungszwang geschaffen. Die hauptsächlichsten Aenderungen gegenüber dem Vorentwurf habe

[1]) Jahrg. 1913 S. 392 ff.

[2]) Nr. 89 der Reichstagsdrucksachen, 12. Leg.-Per. I. Session 1907 S. 51 ff.

[3]) Vorentwurf §§ 15 ff., § 23, Begründung S. 63 ff.



ich hier zusammengestellt.[4]) Ich darf darauf verweisen. Inzwischen ist auch eine systematische Zusammenstellung der Beschlüsse der Strafrechtskommission erschienen.[5]) Die Kommission hat auch für einzelne sichernde Maßnahmen, wie das Arbeitshaus, im Gesetze selbst Vollzugsbestimmungen gegeben. Sie hat zwar eine Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen durch Ausführungsvorschriften vorgesehen, ist aber grundsätzlich davon ausgegangen, daß der nächste weitere Ausbau in einem Strafvollzugsgesetz zu erfolgen habe, zu dem dann im einzelnen Ausführungsvorschriften zu treten haben. In Uebereinstimmung mit dem Vorentwurf hat die Strafrechtskommission weder die unbestimmte Verurteilung, die in gewissem Sinne eine Abdankung des Strafrichters bedeuten würde, noch das Progressivsystem d. h. einen Strafvollzug mit allgemeinen festgelegten Stufen übernommen, zu dem sich der Oesterreichische Entwurf[6]) und der Gegenentwurf (§ 50) entschlossen haben.

Wie es heißt, soll nach der Fertigstellung des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum StGB., die in diesem Hochsommer zu erwarten ist, an die Aufstellung eines Strafvollzugsgesetzes herangetreten werden, das auch die sichernden Maßnahmen zu umfassen hat. Während für die Strafrechtskommission der Vorentwurf mit seiner ausführlichen Begründung als Vorarbeit vorlag, wären für die Beratungen der Kommission, die seinerzeit das Strafvollzugsgesetz aufzustellen hat, Materialien nicht vorhanden gewesen, wenn nicht der Verein der deutschen Strafanstaltsbeamten einen förmlichen Vorentwurf zu einem Reichsgesetze über den Vollzug der Freiheitsstrafen und sichernden Maßnahmen mit eingehender Begründung fertiggestellt hätte.[7]) Diese Vorarbeit nennt sich bescheiden Gesetzesvorschläge, ist aber in Wirklichkeit der Vorentwurf zu einem Strafvollzugsgesetze. Sie ist umsomehr zu begrüßen, als sie den Fortgang der gesetzgeberischen Arbeiten gerade auf diesem Gebiete besonders erleichtern und vereinfachen wird. Die Aufmerksamkeit auf diesen Entwurf, der auch die nächste Tagung der Strafanstaltsbeamten in Hamburg beschäftigen wird, auch hier zu lenken und hierüber eine kurze Uebersicht zu geben, ist der Zweck dieser Zeilen.

Der Entwurf umfaßt 73 Paragraphen. Er ist nach den Beschlüssen des Vereins in einer Kommission, die in zweiter Lesung erweitert wurde und der von bayerischen Praktikern Oberregierungsrat Michal angehörte, aufgestellt worden. Die Gesamtbearbeitung hatte Erster Staatsanwalt Klein übernommen. Der Entwurf schließt sich an das System der Freiheitsstrafen und der sichernden Maßnahmen des Strafgesetzentwurfs an, bildet also eine Ergänzung dieses Entwurfs. Die gesetzliche Regelung geht davon aus, daß die Vollzugsbehörde überall durch das Gesetz in den Stand gesetzt sein soll, zu erkennen, wozu sie direkt verpflichtet ist und wozu sie ermächtigt ist. Ergänzungen durch reichs- und landesrechtliche Ausführungsvorschriften sind vorgesehen. Der Entwurf hält in erster Linie an dem Vergeltungscharakter der Strafe fest, verwirklicht die neuzeitlichen Aufgaben des Strafvollzugs, möglichste Besserung des Gefangenen durch Seelsorge, Unterricht usw., strebt ferner die soziale Brauchbarkeit des Gefangenen nach der Entlassung an und betont in seinen Vorschriften insbesondere die sittlich erziehliche Kraft der Arbeit. Die Vorschläge stehen auf dem der Individualisierung des Strafvollzugs; seine spezialpräventive Aufgabe setzt die Anpassung der Behandlung an die körperliche und geistige Eigenart des Gefangenen voraus. Der Entwurf schlägt in Uebereinstimmung mit dem Strafgesetzentwurf nicht das eigentliche Progressivsystem vor. Wohl aber trägt er dem Progressivgedanken und dem Erziehungsgedanken, um den Gefangenen auf den Wiedereintritt in die Freiheit vorzubereiten, insoweit Rechnung, als er eine allmähliche Milderung des regelmäßigen Strafzwangs zuläßt (§ 23). Für den Strafvollzug an Jugendlichen und vermindert Zurechnungsfähigen sind besondere Bestimmungen getroffen.

Die acht Abschnitte des Entwurfs teilen sich wieder in Unterabteilungen. In diesem allgemeinen Ueberblick kann ich daraus nur einzelnes erwähnen. Die Vorschriften über Anstalten (Straf- und Sicherungsanstalten) und über Anstaltsverwendung (§§ 1 bis 11) wollen eine möglichst strenge Scheidung der Gefangenen ermöglichen. Sie schreiben in § 1 Abs. 1 vor, daß bei Neubauten Zuchthaus-, Gefängnis- oder Einschließungsabteilungen, auch Zuchthaus- und Haftabteilungen, nicht mehr in einer Anstalt vereinigt werden dürfen. Auch für den Vollzug der Arbeitshaus- und Sicherungshaft sind mindestens baulich abgesonderte Anlagen vorzusehen. In den Bestimmungen über die Aufnahme (§§ 12 bis 17) ist für den Erkennungsdienst die wünschenswerte gesetzliche Feststellung vorgeschlagen, daß für die Zwecke dieses Dienstes Messungen, Abbildungen und sonst erforderliche Feststellungen vorgenommen werden dürfen. Für die zulässigen Formen der Verwahrung (Einzel- und Gemeinschaftshaft, §§ 18 bis 21) ist der Satz vorangestellt, daß bei der Anordnung der Haftform auf die Persönlichkeit, die Tat und das Vorleben des Gefangenen Rücksicht zu nehmen ist. Der Vollzug soll regelmäßig mit der Einzelhaft beginnen. Die Leitmotive für die eingehenden Vorschriften über die Behandlung, die in §§ 22 bis 49 einschließlich der Sondervorschriften für Jugendliche

---

[4]) Jahrg. 1913 S. 97 ff. u. S. 409 ff.

[5]) Ebermayer, Der Entwurf eines deutschen StGB. S. 3 ff.

[6]) Die Vorschriften finden sich in dem Entwurf einer Novelle zur StPO. §§ 548 ff., insbesondere § 565.

[7]) Gesetzesvorschläge mit Einleitung und Begründung, Sonderheft A und B zu Bd. 47 der Blätter für Gefängniskunde, Heidelberg 1913.

Bestimmungen über Seelsorge, Gesundheits- und Bildungsfürsorge, über Beköstigung, Bekleidung und Lagerung, über Verkehr und über Arbeit bringen, sind eingangs in § 22 umschrieben. Darnach sind mit der Zufügung des Strafübels und der Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung geistige und sittliche Hebung, Erhaltung der Gesundheit und Arbeitskraft, gleichmäßig in der Einzel- und Gemeinschaftshaft, anzustreben. Diese Ziele sollen mit Strenge, Gerechtigkeit und Menschlichkeit sowie unter Beachtung der Persönlichkeit, der Tat und des Vorlebens der Gefangenen verfolgt werden. In diesen Vorschriften und namentlich in denen über den Arbeitszwang tritt besonders die Differenzierung in den einzelnen Freiheitsstrafen hervor. Ich darf hierzu auf die Darlegungen in der Begründung S. 44 ff. verweisen. Des Verhältnisses zur freien Arbeit ist in § 31 gedacht. Es ist als Leitsatz vorangestellt, daß bei der Verwertung der Arbeitskraft der Gefangenen das Interesse des Privatgewerbes und der freien Arbeit überhaupt im weitestem Maße zu schonen ist. In den Vorschriften über Disziplinar- und Ordnungsstrafen (§§ 50 bis 52) ist von der körperlichen Züchtigung als Disziplinarmittel abgesehen, in Uebereinstimmung mit dem Rechtszustande in Bayern, der nach Art. 27 Abs. 3 AG. StPO. die körperliche Züchtigung als Disziplinarmittel gegen Gefangene ausschließt. Dagegen wurden bei noch schulpflichtigen Jugendlichen die Schulstrafen des am Ort der Strafverbüßung geltenden Rechts als Ordnungsstrafen zugelassen (§ 51 Abs. 1 i). Im Gegensatze zur Begründung des Vorentwurfs[8]) und in Uebereinstimmung mit der des Gegenentwurfs[9]) sieht der Entwurf (§§ 55—58)[10]) in der vorläufigen Entlassung einen Bestandteil des Strafvollzugs und bringt dies durch ihre Herübernahme in das Strafvollzugsgesetz zum Ausdruck. Er steht dabei auf dem Standpunkt, daß von der Einrichtung, die er auf lebenslängliche Freiheitsstrafen nicht ausdehnt, in allen Fällen, in denen sie nach dem Gesetz zulässig ist, auch in der Tat Gebrauch gemacht werden soll, so daß sie als wichtiges Glied des Strafvollzugs, als Schlußstein seiner Milderung zu betrachten wäre.

Zum Schlusse darf ich noch auf die besonderen Bestimmungen über den Vollzug der sichernden Maßnahmen, Arbeitshaus und Sicherungshaft, verweisen (§§ 59—68). Daran schließen sich in § 69 besondere Vorschriften über Schutzfürsorge und Schutzaufsicht und in §§ 70—73 Zuständigkeits- und Schlußbestimmungen, die Ausführungsvorschriften des Bundesrats und der Landesbehörden vorsehen. Sie ermächtigen auch den Bundesrat, für die Uebergangszeit zur Beschaffung der fehlenden Anstalten, Abteilungen, Räume und Einrichtungen eine angemessene Frist zu bestimmen. Mit dem Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes, das gleichzeitig mit dem StGB. in Wirksamkeit treten soll, soll auch eine einheitliche Vollzugsstatistik beginnen.

Wenn ich damit diese kurze Ueberſicht über den ausgezeichneten Vorentwurf schließe, so möchte ich doch noch dem Wunsche Ausdruck geben, daß unter den vielfachen gesetzgeberischen Reformarbeiten, die mit der Reform des Strafrechts zusammenhängen, es insbesondere dem Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes beschieden sein möge, Gesetz zu werden. Der Vorentwurf der deutschen Strafanstaltsbeamten wird dann seinen reichlichen Anteil an diesem Erfolge haben.

Zur Rechtsprechung über die Kommunmauern.[1])

Von Rechtsanwalt Dr. Georg Nützel in München.

Selten hat wohl in den letzten Jahren eine zunächst juristische Frage den Grund- und Hausbesitzer Münchens so sehr beschäftigt, wie die Rechtsverhältnisse an Kommunmauern. Ist doch neuerdings mit Bezug hierauf sogar die Rede vom „Bauernschreck im Hausbau“. Ich verzichte bewußt auf geschichtliche oder lehrhafte Erörterungen. Die nachstehenden Ausführungen sind hauptsächlich für die tägliche Praxis bestimmt. Meinen Ausführungen liegen ausschließlich Entscheidungen der Münchener Gerichte (Landgericht München I und Oberlandesgericht München) zugrunde, die ich in meiner Praxis gesammelt habe. Die Tatbestände sind nicht erdacht, sondern dem Leben entnommen.

Fall I. Etwa bis zu den Jahren 1910/11 hat die Münchener Rechtsprechung wohl ziemlich übereinstimmend Alleineigentum des Erbauers der Kommunmauer angenommen.

Beispiel:

Pl.-Nr. 395¹/₄
A errichtet das Gebäude 1901.

Pl.-Nr. 395¹/₃
B baut 1909 an die Kommunmauer an.

eingesteigert von C vor dem Anbau des B, zwangsweise versteigert 1904.

Das LG. München I (IV. ZK.) hat in einem nicht mit Berufung angefochtenen Urteil vom 6. Dezember 1910 dem Ablösungsanspruch des C

---

8) Begr. Bd. 1 S. 96.
9) S. 82 ff.
10) Begr. S. 69.

1) Die wörtlich wiedergegebenen Auszüge aus Urteilen hat der Herausgeber sprachlich überarbeitet.

gegen B stattgegeben. Gründe: Alleineigentümer der Kommunmauer sei C. B habe kein Eigentum an der auf seinem Grundbesitz stehenden Mauerhälfte erlangt. Der Ablösungsanspruch wurde nach diesem Urteil abgeleitet aus §§ 742, 748 BGB.; Art. 68 AG. BGB. Falls die Vorschriften über die Gemeinschaft nicht anwendbar sein sollten, sei der Ablösungsanspruch nach §§ 812, 951 BGB. begründet. Abzulösen sei der Betrag der seinerzeitigen Baukosten, also die Hälfte der im Jahre 1901 entstandenen Baukosten.

Hauptvertreter dieser „Bestandteils-Lehre" war der verstorbene Notar Pfirstinger in seiner (im Buchhandel vergriffenen) Schrift: „Die Kommunmauer nach dem jetzt in Bayern geltenden Recht" (1905, Eigentum uud Verlag des Verfassers, S. 15): „In Fällen solcher Art (wie im Beispiel des Falles I) ist der Eigentümer des zuerst gebauten Hauses alleiniger Eigentümer auch des auf Nachbargrund stehenden Teiles der Grenzmauer, gleichviel, ob die Grenzmauer vor oder nach dem 1. Januar 1900 hergestellt worden ist. Als maßgebend kommen in Betracht die §§ 93, 94, 95 BGB."

Zutreffend ist die frühere Münchener Rechtsprechung (Fall I, Bestandteils-Lehre) in einem später unter Fall II angeführten Urteil des LG. München I (V. ZK.) vom 5. Dezember 1911, P. R. Nr. 2172/1911, zusammengefaßt. Dieses Urteil hat bewußt mit der früheren Rechtsprechung gebrochen, die noch im Urteil vom 6. Dezember 1910 vertreten ist. In dem Urteil heißt es u. a.:

„Die überwiegende Meinung der früheren Rechtsprechung läßt sich in folgende Leitsätze zusammenfassen: Bei einer Kommunmauer ist der über die Grenze gebaute Teil kein Teil des Grundstücks, auf dem er steht, sondern ein Teil des Gebäudes, solange nur das eine Haus steht. Wird an die Kommunmauer angebaut, so wird sie zu einer Grenzeinrichtung i. S. des § 921 BGB.; die Eigentumsverhältnisse an der auf der Grenzlinie stehenden Mauer werden durch den Anbau verändert; sie ist von nun ab nicht nur wesentlicher Bestandteil des zuerst errichteten Gebäudes, sondern auch des zuletzt errichteten; das Eigentum wird durch die Grenze „realiter" geteilt. Die Kosten der Errichtung der Kommunmauer müssen nach dem Anbau gemeinschaftlich bezahlt werden. Zahlungspflichtig ist, wer den Anbau ausführen ließ, forderungsberechtigt, wer zur Zeit des Anbaues an die Mauer deren Eigentümer ist. Grund der Ersatzpflicht ist die Bereicherung (§ 812 BGB.)."

Fall II.

Pl.-Nr. 10454 A errichtet das Gebäude 1905. * ↓	Pl.-Nr. 10451 A ist auch Eigentümer dieser Pl.-Nr. * ↓
zwangsweise versteigert 23. Juli 1907, eingesteigert von B (Ehefrau des A), Umschreibung im Grundbuch 9. Oktober 1907.	zwangsweise versteigert, eingesteigert von C 20. Juli 1907, Umschreibung im Grundbuch 17. Oktober 1907. C baut 1910 an.

B klagt gegen C auf Zahlung der Ablösungssumme. Die Klage hat das LG. München I (V. ZK.) mit Urteil vom 5. Dezember 1911, P. R. Nr. 2172/1911, abgewiesen.

Gründe: „. . . Das Reichsgericht, dem sich das Gericht anschließt, hat neuerdings (JurW. 1911 S. 212, 366) ausgesprochen, daß im Falle der Bebauung zweier aneinander grenzender Grundstücke mit einem einheitlichen Gebäude jedem der Grundstücke der in seinen Grenzen stehende Teil des Gebäudes zufällt. Der Erbauer der Kommunmauer wird also nicht Alleineigentümer, die beiden Nachbarn werden nicht Miteigentümer, sondern jeder hat Sondereigentum an dem auf seinem Boden stehenden Teil der Kommunmauer. Demzufolge kann der Ablösungsanspruch nicht auf Miteigentum und Gemeinschaft gegründet werden, sondern nur auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.

Die weitere Folge dieser Auffassung ist, daß der Bereicherungsanspruch nicht erst durch den Anbau an die Kommunmauer, sondern schon durch die Errichtung entsteht. Denn schon in diesem Zeitpunkte steht fest, daß der Nachbar des Erbauers durch Erwerb des Eigentums an dem auf seinem Grunde stehenden Teil der Mauer ohne Gegenleistung auf Kosten des Erbauenden einen Vermögenszuwachs erfahren hat (§§ 946, 951, 812 BGB.). Der Bereicherungsanspruch ist in der Regel ein persönlicher Anspruch zwischen dem Erbauer der Kommunmauer und dem Nachbarn zur Zeit der Bauführung. Er geht auf die Gesamtrechtsnachfolger über, während er im Falle einer Einzelrechtsnachfolge auf den Rechtsnachfolger übertragen werden muß (Staudinger § 921 Anm. IV 2ab).

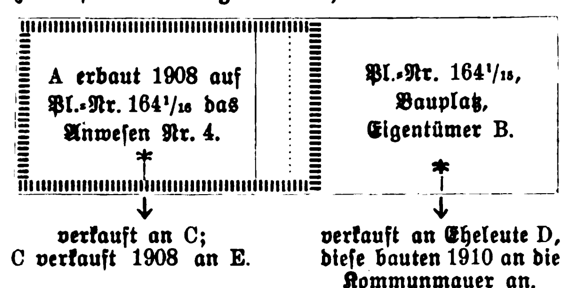
Geht man von diesen Grundsätzen aus, so konnte hier durch die Aufführung der Kommunmauer kein Ablösungsanspruch entstehen, weil der Erbauer Eigentümer der beiden Flächen war und keinen Bereicherungsanspruch gegen sich selbst erwerben konnte (vgl. RGZ. 65, S. 362)."

Diese Auffassung des LG. München I ist bestätigt im Urteil des OLG. München vom 1. Mai 1912 (IV. ZS.) B. R. Nr. 76 L IV/1912. Die Gründe sagen:

„Nach den Grundsätzen der §§ 93, 94 Abs. 1, 946 BGB. bildet ein Gebäude einen wesentlichen Bestandteil des Grundstückes, auf dem es steht; erstreckt es sich über die Grenze eines Grundstücks hinaus, so wird es durch die Grenzlinie geteilt, so daß jeder Gebäudeteil wesentlicher Bestandteil des Grundstückes ist, auf dem er steht. Dieser Grundsatz gilt auch für Grenzmauern. Nach §§ 95 BGB. gibt es allerdings Fälle, in denen ein Gebäude nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist, auf dem es steht. Nach § 95 BGB. wird ein in Ausübung eines dinglichen Rechtes ausgeführter Ueberbau nicht Bestandteil des Grundstückes, auf dem er steht, sondern Bestandteil des berechtigten Grundstückes. Aber gerade die Ausnahmefälle lassen erkennen, daß es im übrigen bei der Regel bleiben muß. Auch läßt sich eine andere Meinung mit den Bestimmungen der §§ 946 ff. über die Verbindung beweglicher Sachen miteinander oder mit Grundstücken nicht in Einklang bringen. Insbesondere kann der Anbau an die Grenzmauer keine Trennung des Eigentums nach Mauerhälften herbeiführen. Geht man dagegen von dem oben festgestellten, vom Reichsgericht ständig festgehaltenen Grundsatze aus (RGZ. 65 S. 361 ff., 70 S. 201, JurW. 1911 S. 212 und 366), so war hier die Grenzmauer wesentlicher Bestandteil der Grundstücke Pl.-Nr. 10451 und 10454 insoweit, als sie auf deren Grund und Boden stand."

Auch der II ZS. des OLG. München hat sich

in dem Urteil vom 15. März 1913 B. R. L 681/12 zu dieser Sondereigentumslehre bekannt.



E erhob Klage gegen die Eheleute D; die Klage wurde abgewiesen.

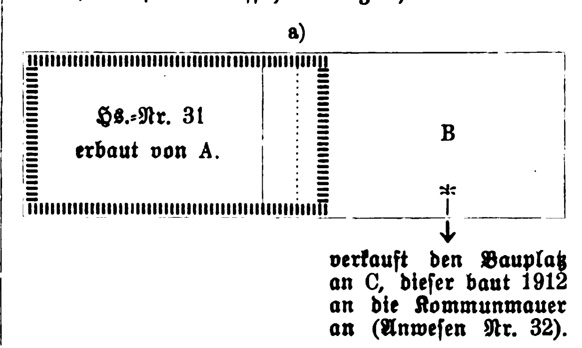
Gründe: „Das BGB. geht davon aus, daß jedes Grundstück gegen das Nachbargrundstück eine feste Grenze haben muß; es bestimmt in § 93, daß wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, und in § 94, daß zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude gehören. Diese Vorschrift wird wiederholt in § 946, wornach sich das Eigentum an einem Grundstück auf bewegliche Sachen erstreckt, die mit dem Grundstück so verbunden werden, daß sie wesentlicher Bestandteil werden. Hiernach gehört eine auf der Grenze zweier Grundstücke errichtete Mauer insoweit zu jedem der beiden Grundstücke, als sie auf ihnen steht; das Eigentum an jedem Grundstücke erstreckt sich auf den auf ihm stehenden Mauerteil (vgl. JurW. 1911 S. 211[8] und S. 366[20]). Hier wurde die auf Pl.-Nr. $164^{1}/_{16}$ errichtete Hälfte der Grenzmauer mit der Erbauung wesentlicher Bestandteil dieses Grundstücks und damit Eigentum des B. Die Eheleute D erwarben mit Pl.-Nr. $164^{1}/_{16}$ auch die daraufstehende Mauerhälfte; der für das Grundstück vereinbarte Kaufpreis bildet auch ein Entgelt für die Mauerhälfte. Sie sind also nicht auf Kosten des Klägers oder eines seiner Rechtsvorgänger A und C bereichert.

Der Grundsatz, daß ein Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstückes ist, auf dem es steht, erleidet nach §§ 95, 912 BGB. Ausnahmen. Ein in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke oder nur zu vorübergehendem Zwecke errichtetes Gebäude wird nicht Bestandteil des Grundstücks, auf dem es steht, ebensowenig ein vom Erbauer ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit über die Grenze gebauter Gebäudeteil. Keine dieser Ausnahmen liegt vor. Uebrigens würde es dem Kläger auch nichts nützen, wenn die Grenzmauer mit der Erbauung wesentlicher Bestandteil des später von ihm erworbenen Hauses Nr. 4 geworden wäre. Denn der von ihm aufgestellte, auch von mehreren Schriftstellern und OLG. verteidigte Satz (vgl. Sächs. Arch. S. 385 ff., JurW. 1912 S. 491, 1037, 1039), daß der übergebaute Teil der Grenzmauer mit dem Anbau durch den Nachbarn aufhört, wesentlicher Bestandteil des zuerst gebauten Hauses zu sein und wesentlicher Bestandteil des angebauten Hauses wird und damit Eigentum des Eigentümers dieses Hauses, hat keine Stütze im Gesetz. Insbesondere ist die Annahme unrichtig, daß der übergebaute Teil wesentlicher Bestandteil des angebauten Hauses wird. Die Begründung, daß jedes Haus 4 Umfassungsmauern haben müsse, trifft insoferne nicht zu, als eine fremde Mauer als Stütze und Abschluß benützt werden kann. Ob das auf Grund eines dinglichen Rechtes geschieht oder nicht, ist gleichgültig. Ebensowenig kann die Schlußfolgerung überzeugen, nach dem Anbau sei es so anzusehen, als wenn die beiden Grundstücke gleichzeitig bebaut worden wären. Sie ist nicht zwingend, da zwei verschiedenartige Fälle ohne Grund gleichgestellt werden. Hat sich aber durch den Anbau das Eigentum an dem übergebauten Mauerteil nicht geändert, dann ist jedenfalls der Anspruch des Klägers auf Ersatz des Wertes dieses Teiles unhaltbar. Der Beklagte wäre höchstens durch den Mitbesitz der Grenzmauer bereichert."

Noch in jüngster Zeit ist diese Auffassung vom LG. München I (VI. ZK.) in einem Urteil vom 21. Oktober 1913 (C 3527/13) vertreten worden. In den Gründen heißt es u. a.: „Diese Ansicht entspricht dem neuesten Stand der Rechtsprechung in Kommunmauerfragen."

Fall III. Ich bespreche nun die zwei Urteile des II. ZS. des OLG. München vom 17. Januar 1914, die soviel Aufsehen erregt haben.

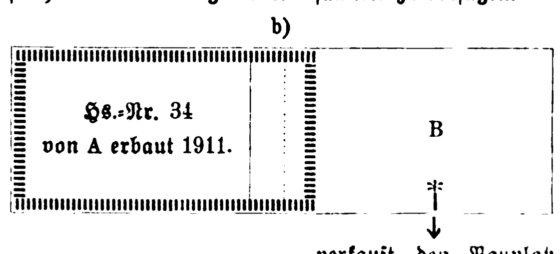
a)



Zwischen A und C wurde am 10. Juli 1912 folgender schriftlicher Vertrag geschlossen: „Für die Ablösung der Hälfte der Kommunmauer schuldet C dem A 2472.67 *M*; C verpflichtet sich, diesen Betrag bei Vollendung des Rohbaues und des Dachstuhles an A zu bezahlen." C hat später seine Erklärung wegen Irrtums erfolglos angefochten. Der Klage des A auf Ablösung der vereinbarten Summe haben das LG. und das OLG. (II. ZS. B. R. L 488/1913) stattgegeben mit folgender Begründung:

„Zuzustimmen ist der vom Reichsgericht ständig vertretenen Ansicht, daß ein gemäß § 912 BGB. zu duldender Ueberbau außer den im Gesetz erwähnten Fällen auch gegeben ist, wenn der Bauende zwar wissentlich, aber mit Einwilligung des Nachbars über die Grenze gebaut hat (RGZ. 52 S. 15 ff., 74 S. 87 ff.; Sächs. Arch. 1911 S. 391). Nach der herrschenden Meinung, die den Wortlaut und den Sinn des § 912 BGB. für sich hat, fällt der Ueberbau, der vom Nachbar geduldet werden muß, in das Eigentum des Bauenden. § 912 BGB. enthält sonach eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 94 BGB. Das ist jedoch nicht zwingendes Recht. Der Bauende und der Nachbar können vereinbaren, daß der zu überbauende Gebäudeteil Eigentum des Nachbars werden soll. Es besteht kein Grund, einer solchen Vereinbarung die Wirksamkeit zu versagen."

b)



Es wurde eine schriftliche Vereinbarung zwischen A und C über die Ablösung der Kommunmauer getroffen, wie im Falle a. C hat ebenfalls seine Erklärung erfolglos wegen Irrtums angefochten. Der Klage des A gegen C auf Ablösung wurde stattgegeben. Das OLG. München gibt im Urteil (B. R. L 336/13) folgende Begründung:

„Der Sinn des Vertrages ist, daß der Beklagte gegen die Zahlung der Herstellungskosten das Eigentum an der auf seinem Grund und Boden vom Kläger errichteten Kommunmauerhälfte und damit das Recht erlangen sollte, an sie anzubauen. Wäre die Annahme des Beklagten richtig, daß dieser Mauerteil mit der Errichtung in das Eigentum des B als des Eigentümers des damit bebauten Grundstückes fiel und mit dem Grundstücke auf C überging, dann wäre der Vertrag nichtig. Denn der Kläger hätte eine rechtlich unmögliche Leistung übernommen (vgl. RGZ. 78 S. 431).

Diese Meinung ist aber nicht zutreffend. Der Beklagte bestreitet mit Unrecht die Anwendbarkeit des § 912 und des § 95 Abs. I Satz 2 BGB. auf den vom Kläger vollzogenen Ueberbau seiner Abschlußmauer. Mit dem Reichsgericht (RGZ. 52 S. 15 ff., 74 S. 87 ff., Sächs. Arch. 1911 S. 391) ist vielmehr anzunehmen, daß ein zwar vorsätzlich, aber mit Einwilligung des Nachbars vorgenommener Ueberbau zu dulden ist, also unter § 912 BGB. fällt und daß das Eigentum an dem überbauten Gebäudeteil dem Bauenden gehört. Schon daraus ergibt sich, daß unter § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB., wornach ein in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück auf diesem errichtetes Gebäude nicht zu den Bestandteilen dieses Grundstückes gehört, auch die Ausübung persönlicher Rechte fällt. Der Kläger, der mit Einwilligung des B seine Kommunmauer zur Hälfte auf dessen Grundstück errichtete, wurde also Eigentümer der ganzen Mauer.

Der Beklagte wendet ein, daß der Vertrag auch bei dieser Annahme nichtig sei, weil der Vertrag dem Formzwang des § 313 BGB. unterlag und weil er gemäß § 93 BGB. das Eigentum an der auf seinem Grundstücke stehenden Mauerhälfte nicht erwerben konnte, wenn die Kommunmauer wesentlicher Bestandteil des vom Kläger errichteten Hauses wurde. Zwar war der vom Kläger über die Grenze gebaute Mauerteil wesentlicher Bestandteil des vom Kläger errichteten Gebäudes und damit des Grundstückes des Klägers, weil er nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstückes wurde, auf dem er steht. Aber daraus ergeben sich nicht die vom Beklagten gezogenen Schlußfolgerungen. Legt man dem § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Bedeutung bei, daß unter „Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück" auch die Ausübung obligatorischer Rechte zu verstehen sei, dann ist aus ihm zu folgern, daß die Beteiligten die Rechtsverhältnisse an dem übergebauten Gebäudeteil durch Vertrag regeln können (vgl. JurW. 1914 S. 40 Sp. 1 unten), soferne sie nur die in §§ 93, 94 BGB. enthaltenen Grundsätze unangetastet lassen. Die dem übergebauten Teil gegebene, sachliche, d. h. den Verhältnissen der beiden Grundstücke angepaßte Bestimmung entscheidet darüber, ob der Ueberbau wesentlicher Bestandteil des Gebäudes ist, zu dem er gehört, oder des Grundstückes, auf dem er steht (s. a. RGZ. 61 S. 192). Diese Bestimmung kann von Anfang an oder später vereinbart werden, wenn es das Bedürfnis der Grundstücke fordert. Es kann auch von Anfang an bestimmt werden, daß die übergebaute Mauerhälfte zunächst wesentlicher Bestandteil des zuerst gebauten Gebäudes sein, mit dem Anbau eines Gebäudes durch den Nachbar aber wesentlicher Bestandteil dieses Gebäudes und damit des Grundstückes werden soll, auf dem sie steht. Es besteht auch kein Hindernis, nachträglich einem übergebauten Gebäudeteil die Bestimmung zu geben, daß er einem anzubauenden Gebäude als wesentlicher Bestandteil dienen soll.

In diesen Fällen geht das Eigentum am Ueberbau mit dem Anbau auf den Eigentümer des Grundstücks über, auf dem er steht. § 313 BGB. gilt für solche Vereinbarungen nicht, da sie keine Verpflichtung enthalten, Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Der ursprüngliche Eigentümer des Ueberbaues kann selbstverständlich eine Entschädigung dafür verlangen, daß er ihn dem Dienste des Nachbargrundstückes widmet und den Anbau gestattet. Denn mit dem Anbau erleidet er einen Rechtsverlust.

In diesen beiden zuletzt genannten Urteilen fällt m. E. zunächst auf,

1. daß dem Gesetze das gerade Gegenteil der Ansicht entsprechen soll, die der gleiche Senat in den grundlegenden Fragen im Urteil vom 15. März 1913 vertreten hat;
2. daß in beiden Urteilen vom 17. Januar 1914 zwar auf das Urteil vom 15. März 1913 Bezug genommen wird, aber nicht mit der naheliegenden Begründung, der Senat gebe die frühere Rechtsanschauung auf. Es heißt vielmehr im Urteil B. R. L 488/13: „Das frühere Urteil des Senats (d. i. das Urteil vom 15. März 1913) paßt auf den hier entschiedenen Fall nicht. Es liegt ihm ein ganz anderer Tatbestand zugrunde." In dem Urteil, B. R. L 336/13 heißt es: „Diese Meinung wird durch das einen anderen Tatbestand behandelnde Urteil des Senats in Sachen Chr./P. nicht gestützt."

Wenn man von der vom OLG. nicht als erheblich erachteten schriftlichen Vereinbarung über die Ablösungspflicht der Beklagten absieht, ist der Tatbestand der Urteile vom 17. Januar 1914 nicht verschieden vom Tatbestand des Urteils vom 15. März 1913, wohl aber die grundsätzliche Rechtsauffassung. Es bleibt abzuwarten, wie der gleiche Senat in anderen Fällen urteilt oder ob ich vielleicht das Urteil nicht richtig verstanden habe.

Schlußfolgerung: Nach Fall I ist Eigentümer der Kommunmauer, (solange noch nicht angebaut ist), der jeweilige Hauseigentümer. Es ist gleichgültig, ob er die Mauer selbst erbaut hat, oder ob er der Rechtsnachfolger des Erbauers ist, also das Anwesen gekauft, eingetauscht, eingesteigert hat (Pfirstinger S. 28, 29). Baut der Platzeigentümer an, so vollzieht sich von selbst der Eigentumsübergang auf den Platzeigentümer; dieser wird Eigentümer der auf seinem Grund und Boden stehenden Mauerhälfte. Ablösungsberechtigt ist der jeweilige Eigentümer des Hauses, an das der Nachbar anbaut. Der Ablösungsanspruch bleibt also nicht beim Erbauer der Kommunmauer (Pfirstinger S. 30). Ablösungspflichtig ist, wer anbaut. Diese Lehre ist von den Münchener Gerichten seit längerer Zeit aufgegeben zugunsten der im Falle II vertretenen.

Hiernach ist ablösungsberechtigt der Ersterbauer. Ist er noch im Zeitpunkte des Anbaus Eigentümer

des zuerst erbauten Hauses, so ist er auch forderungsberechtigt, es sei denn, daß er seinen Ablösungsanspruch übertragen oder verpfändet hat, oder daß er ihm weggepfändet worden ist. Ist im Zeitpunkte des Anbaues der Hauseigentümer eine andere Person als der Erbauer der Kommunmauer, so ist regelmäßig forderungsberechtigt (Gläubiger) der Ersterbauer, außer wenn ein Fall der Gesamtrechtsnachfolge vorliegt (z. B. der jetzige Eigentümer ist der Alleinerbe des Erbauers geworden). Diese Lehre hat sich in München in den beteiligten Kreisen wohl eingebürgert. Sie ist wissenschaftlich, wie wir gesehen haben, trefflich zu begründen und führt wirtschaftlich zu einem befriedigenden Ergebnisse, namentlich dann, wenn die beteiligten Kreise die Rechtsgrundsätze kennen und sie bei Abschluß von Rechtsgeschäften beobachten. Es müßte z. B. der Notar bei Abschluß eines Kauf- oder Tauschvertrages die Beteiligten fragen, ob der Kommunmauerablösungsanspruch mit übertragen werden soll oder nicht, ob er noch zu Recht besteht oder verpfändet oder gepfändet ist usw. Der Notar fragt ja auch nach Bodenzinsen, Grunddienstbarkeiten usw. Es sind in jüngster Zeit mehrere großenteils erfolglose Versuche gemacht worden, auf Grund dieser Lehre alte anscheinend längst vergessene oder erloschene Ansprüche wiederaufleben zu lassen. Vor Monaten erschienen in hiesigen Tageszeitungen Anzeigen: „Kommunmauern zu kaufen gesucht!" Es haben auch manche Ersterbauer von Kommunmauern ihre Ablösungsansprüche an Kapitalisten übertragen. Sie hatten an ihre „Ablösungsansprüche" vielfach gar nicht mehr gedacht, weil sie die Häuser längst verkauft, vertauscht oder durch Zwangsversteigerung verloren hatten. Ganz vorsichtige Kläger haben sich auch vom Anbauenden noch die Ansprüche übertragen lassen, welche dem, der angebaut oder abgelöst hatte, gegen den Eigentümer des „kommun" erbauten Hauses auf Rückgewähr der angeblich zu Unrecht empfangenen Ablösungssumme zustanden.

Diese Klagen hatten in der Regel keinen Erfolg; viele wurden wieder zurückgezogen. Vielfach konnte der Beklagte mit Erfolg gegen die Klageforderung des übertragenden Ersterbauers mit „Ausfall"- oder sonstigen Forderungen aufrechnen und der Beklagte mußte sich diese Aufrechnung gefallen lassen (§ 404 BGB.). Der zweiten Uebertragung wurde in der Regel mit Erfolg die Einrede entgegengesetzt, daß die Ablösungssumme nicht „ohne rechtlichen Grund" i. S. des § 812 BGB. bezahlt worden sei, sondern auf Grund der damals herrschenden Rechtsüberzeugung (Fall I). Endlich scheiterten die Klagen zumeist an der Bestimmung in § 818 BGB., da „die Bereicherung nicht mehr vorhanden war".

Die in den Urteilen vom 15. März 1913 und 17. Januar 1914 behandelten Fälle betreffen die wichtigsten Fragen des Kommunmauerrechtes. Vielleicht in 50% aller Fälle hat der Platzeigentümer seit der Errichtung der Kommunmauer gewechselt. Es ist dann der Anbauende stets ein anderer als der Eigentümer des Bauplatzes im Zeitpunkte der Errichtung der Kommunmauer. Bei Annahme der Rechtsansicht im Falle II entfällt der Ablösungsanspruch des Eigentümers des kommun erbauten Hauses,

a) weil der Platzeigentümer den Platz mit der Kommunmauer erworben und das Entgelt für die Kommunmauer mit dem Kaufpreis für den Bauplatz bezahlt haben wird,

b) weil der Eigentümer des kommun erbauten Hauses in der Regel eine andere Person sein wird, als der Ersterbauer, es sei denn, daß er sich den Ablösungsanspruch vom Ersterbauer ausdrücklich hat übertragen lassen.

Anders im Falle der Annahme der Ueberbaulehre, wenn ich die Entscheidungen vom 17. Januar 1914 recht verstehe. Bei ihr ist der Eigentümer des kommun erbauten Hauses auch Eigentümer des Ueberbaues und kann vom Platzeigentümer die Ablösung verlangen:

a) auch wenn der derzeitige Eigentümer des kommun erbauten Hauses eine andere Person ist, als der Ersterbauer,

b) auch wenn der derzeitige Bauplatzeigentümer, der jetzt anbauen will, den Bauplatz schon mit der daraufstehenden Kommunmauer gekauft, eingetauscht hat usw.

Nun sind durch die unter Fall III geschilderte Rechtsprechung die beteiligten Kreise wieder in Unruhe versetzt worden. Diese Lehre kehrt im Ergebnisse zurück zur Pfirstingerschen „Bestandteilslehre" (Fall I). Wie dort vollzieht sich von selbst „mit dem Anbau der Uebergang des Eigentums am Ueberbau auf den Eigentümer des Grundstücks, auf dem er steht." Ich will von einer juristischen Prüfung absehen und nur auf einen bestimmten Fall hinweisen.

Wie ist zu entscheiden, wenn die Kommunmauer nicht in ihrer ganzen *Tiefe* zum Anbau benützt wird? Dann bleibt der Ersterbauer Alleineigentümer der nicht angebauten Mauer, während am angebauten Teil der Anbauer Eigentum erwirbt. Das gleiche gilt für den *vertikal* nur teilweisen Anbau. Täglich kommt es vor, daß der Anbauer nicht die ganze Höhe der Kommunmauer benützt. Soweit diese also frei ohne Anbau des Nachbars in die Luft hinausragt, ist sie nach der „Ueberbaulehre" Eigentum des Ersterbauers; soweit angebaut ist, steht sie im Sondereigentum der Nachbarn. Ein unklares und unbefriedigendes Ergebnis!

Wie soll sich bei dieser widersprechenden Rechtsprechung z. B. der Platzeigentümer verhalten, der anbauen will? Soll er sich zur „Sondereigentums-Lehre" oder zur „Ueberbau-Lehre" bekennen? In der Regel ist dem Baulustigen jede Lehre gleichgültig, er hat an andere wichtigere Sachen zu denken. Der Anwalt, den er befragt, gibt, auch wenn er glänzend unterrichtet ist, zwei Entschei-

dungsmöglichkeiten bei gleichen Tatbeständen. In der Regel wird der Baulustige die Lehre wählen, die ihm am günstigsten ist, weil das Baugeld oft zum Bauen zu knapp ist und oft zur Ablösung der Kommunmauer nicht mehr ausreicht.

Wie verhält sich der Hauseigentümer, an dessen Mauer ein vielleicht nicht zahlungsfähiger Nachbar anbaut? Ist das Haus bis zum Dachstuhl gediehen, dann kann der Hauseigentümer keinen sog. „Bauinstand", keine einstweilige Verfügung mehr erwirken, wornach dem Anbauenden der Anbau bei Meidung einer Strafe verboten wird, falls er nicht die Ablösungssumme hinterlegt oder zahlt. Dann hat auch vielfach der Hauseigentümer alle Aussichten auf Ablösung der Kommunmauer durch den Nachbarn verloren.

Soll der Hauseigentümer den Antrag auf einstweilige Verfügung wagen? Diese Frage ist verschieden zu beantworten, je nachdem man sich der „Ueberbau-Lehre", oder bei inmitte liegendem Eigentumswechsel der „Sondereigentums-Lehre" anschließt. Auch prozessual gibt es Schwierigkeiten. Wird doch nach der Anschauung mancher Zivilkammern dem Erwerber eines Ablösungsanspruches (wichtig für Fall II) das Verbietungsrecht, also das Recht auf einstweilige Verfügung und „Bauinstand" nicht zugestanden, weil dieser Anspruch gewissermaßen dingliche Eigenschaft, ein jus ad rem voraussetze, was beim Erwerber nicht zutreffe.*) Soll der erfahrene Anwalt Hinterlegung wegen Ungewißheit des Gläubigers empfehlen (§ 372 BGB.) allenfalls unter Verzicht auf Rücknahme? (§ 376 Nr. 1 BGB.)? Er wird bei der heutigen Geldknappheit nur ein Schütteln des Kopfes hervorrufen, der Klient wird weiter an die Weltfremdheit der Juristen einschließlich der Anwälte glauben, unbefriedigt von dannen ziehen und sich denken: „Das schöne Geld soll ich bei 2% Zins auf die K. Filialbank legen!"

Dutzende von Fragen wären noch zu besprechen, die juristisch und technisch bedeutungsvoll sind; sie würden aber den Rahmen dieser Abhandlung überschreiten.

Nur ein paar Worte über die **Rechtsbehelfe**: Neben der **Klage** als ordentlichem Rechtsbehelf kommen nur **einstweilige Verfügungen** in Betracht. Diese sind in bezug auf den Streitgegenstand (Ablösungs- und Verbietungsanspruch) zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes (Anbau) die Verwirklichung des Rechtes auf Ablösung vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (§ 935 ZPO.). Es wird dem Ablösungsgläubiger leicht sein, diese Besorgnis dem Gericht „glaubhaft zu machen", (§§ 936, 920 Abs. II, 294 ZPO.). In der Regel baut bei Spekulationsbauten der Baumeister nicht mit eigenem Geld, sondern mit fremdem (Baukapital), das vielfach knapp bemessen ist. Nach der Erfahrung ist häufig die Vollstreckung in das übrige Vermögen des Anbauenden aussichtslos und nur durch den Zwang, entweder die Ablösungssumme zu zahlen oder den Anbau zu unterlassen, erhält der Gläubiger die Ablösungssumme.

Auch die Voraussetzungen des § 940 ZPO. werden regelmäßig bei Errichtung von Spekulationsbauten vorliegen (Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis)! Die Regelung, nämlich die Zahlung oder Hinterlegung der Ablösungssumme, ist zur Abwendung wesentlicher Nachteile, nämlich des Verlusts der Ablösungssumme, oder aus anderen Gründen nötig.

Der **Arrest** ist in der Regel kein geeigneter Rechtsbehelf.

a) Es wird dem Arrestkläger schwer werden, dem Gericht glaubhaft zu machen, daß der Arrestbeklagte damit umgeht, sein Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen.

b) Die Möglichkeit, in das **Vermögen** des Arrestbeklagten zu vollstrecken, ist durch die Bauführung nicht größer geworden; denn das Baukapital ist nach dem Darlehensvertrag regelmäßig „nicht übertragbar, nicht verpfändbar und nicht pfändbar" (zulässig nach §§ 399 BGB., 851 ZPO.).

Damit entfällt für die Regel jede Möglichkeit, durch einen **Arrestantrag** den Ablösungsanspruch zu verwirklichen.

Wie ist dem beklagten Uebelstande zu begegnen? Da gesetzgeberische Maßnahmen so gut wie aussichtslos sind, ist eine Hilfe nur von der Rechtsprechung zu erwarten. Zu verlangen und zu wünschen wäre wenigstens, daß nur **eine** Zivilkammer und **ein** Zivilsenat zur Entscheidung von Kommunmauerstreitigkeiten zuständig wäre, damit endlich die Recht-

---

*) **Neuerdings** hat der IV. ZS. des OLG. München mit Beschluß vom 5. Mai 1913, Beschw.-Reg. 275/13, sich dahin ausgesprochen, „es stehe auch dem **Zessionar** dieser **Verbietungsanspruch** zu; im Zweifel müsse als Absicht der Parteien angenommen werden, daß mit der Abtretung des Ablösungsanspruchs (Ablösungssumme) auch der Verbietungsanspruch des Hauseigentümers mit übertragen werden solle, da der Empfänger sonst ein wirtschaftlich fast wertloses Recht erwerbe."

Das gleiche gilt natürlich auch für den **Pfändungspfandgläubiger**, der den Ablösungs- und Verbietungsanspruch gepfändet und sich zur Einziehung hat überweisen lassen (§§ 829, 835, 851, 857 ZPO.).

Der gleiche Beschluß trifft noch eine weittragende **materiell-rechtliche** Entscheidung. Zwischen dem Eigentümer des kommun erbauten Hauses und der Platzeigentümerin war vor Unterzeichnung des Bauplanes auf der Lokalbaukommission vereinbart worden, daß die Kommunmauerablösungssumme sofort bei Baubeginn durch die Platzeigentümerin zu zahlen sei. Die Beklagte zahlte nicht. Das OLG. entscheidet:

„Nach der in München herrschenden, durch die Vorschriften in Art. 68 AG. BGB. beeinflußten Verkehrsauffassung ist eine solche Vereinbarung im Zweifel dahin zu verstehen, daß die Anbauende sich auch verpflichtete, an die vom Kläger errichtete Kommunmauer **nicht eher anzubauen, als bis sie die ganze Ablösungssumme beglichen hat.** Der Kläger braucht daher den Anbau erst zu gestatten, wenn die Ablösungssumme gezahlt ist und kann der Beklagten den Anbau untersagen, bis sie dieser Pflicht nachgekommen ist."

sprechung einheitlich würde. Ist doch am LG. München I z. B. nur eine Zivilkammer mit Ehescheidungssachen und nur eine Handelskammer mit „unlauteren Wettbewerbssachen" betraut. Zudem ist eine Sonderbeschäftigung für die rechtliche Beurteilung von Kommunmauerstreitigkeiten auch für den Richter sehr erwünscht, wie ja auch das Publikum in richtiger Erkenntnis dieser Umstände die Warnehmung seiner Rechte Juristen anvertraut, bei denen es eine solche Sonderkenntnis voraussetzt. Mein Vorschlag könnte auf Grund der Geschäftsverteilung der Gerichte erreicht werden.[3])

Im übrigen ist ein oberstrichterliches Urteil vermutlich alsbald zu erwarten. Es ist mir bisher noch kein Urteil des BayObLG. oder des RG. bekannt geworden, das einen Münchener Kommunmauerablösungsanspruch nach dem Rechte des BGB. entschieden hätte. Die Kommunmauerablösungsansprüche liegen fast ausnahmslos unter der Revisionssumme, weil die Erbauungskosten der ganzen Kommunmauer schwerlich über 8000 *M* betragen und in Kommunmauerprozessen immer nur die halben Erbauungskosten streitig sind. Nunmehr ist am Landgericht München I ein revisibler Kommunmauerrechtsstreit mit einem typischen Tatbestand anhängig: Kommunmauer erbaut nach dem 1. Januar 1900 und vor 1. Mai 1905 (Anlegung des Grundbuchs!). Das kommun erbaute Haus wurde mehrfach versteigert und kam schließlich durch Kauf (Einzelrechtsnachfolge) in den Besitz der jetzigen Klägerin. Der Bauplatz wurde nach Errichtung der Kommunmauer verkauft und vom jetzigen Beklagten bebaut.

Prüfungspflicht des Registerrichters in Geschmacksmustersachen.

Von Oberamtsrichter **Franz Simon** in Augsburg.

(Schluß).

VI. Bei Zwangsvollstreckung in das Geschmacksmusterrecht hat sich der Registerrichter schlüssig zu machen, welche Tätigkeit er auf eine an ihn gelangte Vollstreckungsverfügung zu entfalten hat.

1. Vorlage eines Pfändungsbeschlusses hinsichtlich eines Musterrechts. Das Geschmacksmusterrecht unterliegt als übertragbares einen Vermögenswert enthaltendes Recht (§ 3 MustG.) der Zwangsvollstreckung.[41]) Die Zwangsvollstreckung kann stattfinden, sobald das Musterrecht durch Anmeldung und Niederlegung des Musters beim zuständigen Registergerichte als Schutzrecht entstanden ist,[42]) und vollzieht sich nach § 857 ZPO. Die Pfändung ist bewirkt mit der Zustellung des gerichtlichen Gebots an den Schuldner (den Inhaber des Musterrechts), sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten (§ 857 Abs. 3 ZPO.). Eine Vorschrift über Vermerk der Pfändung im Register besteht für das Geschmacksmuster so wenig wie für das Gebrauchsmuster und Patent.[43])

Einen dem Registergerichte etwa zugestellten Pfändungsbeschluß oder die Mitteilung einer Pfändung unter Bezugnahme auf den Beschluß wird das Registergericht als Beilage zu den Akten über die Anmeldung und Niederlegung nehmen oder nach Vormerkung zu den Akten zurückgeben. Der Antrag auf Eintragung der Pfändung ist zurückzuweisen, da hierfür im Musterregister kein Raum ist.

2. Antrag eines Pfandgläubigers auf Verlängerung der Schutzfrist. Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Musterrecht (§§ 857, 829, 804 ZPO.). Auch im Verhältnisse zum Schuldner hat das Pfandrecht die Wirkungen eines Vertragspfandrechts nach BGB. (Gaupp-Stein, Komm. z. § 804 Anm. III ZPO.). Dem Inhaber des Pfandrechts stehen daher Rechte nur nach §§ 1273 ff. BGB. zu. Das Pfandrecht umfaßt aber das Musterrecht in seinem Bestande und Umfang zur Zeit der Pfändung und ergreift etwaige Nebenrechte. Als Nebenrecht wird zwar die Befugnis, Verlängerung der Schutzfrist zu verlangen nicht bezeichnet werden können, dennoch ist sie etwas ähnliches. Sie liegt im Musterrecht und wird von der Pfändung mit erfaßt. Sie ist, wenn das Recht zum Musterregister angemeldet und das Recht hiermit Vermögensstück geworden, dem Verkehre übergeben ist, nicht mehr persönliches Recht des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers. Wie der Pfandgläubiger einer Forderung zur Erhaltung seines Pfandrechts tätig werden und manche auf die Forderung bezügliche Rechte ausüben kann (z. B. Wechsel protestieren, bei Feststellungsinteressen auf Feststellung der Forderung klagen kann), so wird hier der Pfandgläubiger Ausdehnung der Schutzfrist begehren können. Dieses Ergebnis entspricht auch allein den Bedürfnissen der Praxis. Es ist im Interesse des Gläubigers und ohne Nachteil für den Schuldner. Es ginge unter Umständen der Pfandgegenstand durch Ablauf der Schutzfrist verloren, wenn nur auf Grund Vereinbarung mit dem Inhaber des

---

[3]) Nach Vollendung dieser Abhandlung lese ich in Nr. 158 und 159 der Münch. N. N., daß durch Präsidialbeschluß die Geschäftsverteilung des Oberlandesgerichts München mit Wirkung vom 1. Januar 1915 dahin geändert wurde, daß die aus dem Bezirk des OLG. einkommenden Berufungen und Beschwerden in allen Rechtsstreitigkeiten über die Benützung und Entschädigung von Grenzmauern dem II. ZS. zugewiesen werden.

[42]) Siehe Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. 10. Aufl. § 857 Anm. II 3; Kohler, Musterrecht S. 42; Wertheimer, Die Zwangsvollstreckung in gewerbl. Schutzrechte (LZ. 1908 S. 279, 352 ff.); Lehmann siehe Neumanns Jahrb. Bd. 7 S. 1154; Jaeger, Komm. z KO. § 1 Anm. 10; z. T. abweichend Allfeld a. a. O. S. 319 MustG. § 3 Anm. 3.

[43]) Siehe für letzteres Allfeld a. a. O. S. 116 § 6 Anm. 5 PatG.



Musterrechts oder auf Ueberlassung des Musterrechts durch das Gericht im Wege der Befriedigung vom Pfandgläubiger die Verlängerung beantragt werden könnte.[44])

3. Antrag des Konkursverwalters auf Verlängerung der Schutzfrist. Hinsichtlich eines in die Konkursmasse gefallenen Geschmacksmusterrechts[45]) wird der Konkursverwalter auf Grund seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (KO. §§ 6 und 117) Verlängerung der Schutzfrist beantragen können.

4. Antrag des Pfandschuldners und Rechtsinhabers auf Verlängerung der Schutzfrist. Der Schuldner kann auch nach Pfändung seines Geschmacksmusterrechts auf seine Kosten den Antrag auf Ausdehnung der Schutzfrist stellen, denn das Verfügungsverbot erstreckt sich nur auf Handlungen, die das Recht des Gläubigers beeinträchtigen, nicht auf solche, die, wie der Verlängerungsantrag, es stärken und erhalten (Gaupp-Stein a. a. O. § 829 Anm. VI 1).

5. Verzicht auf das Musterrecht nach dessen Pfändung. Ist dem Registergerichte ein Beschluß über Pfändung des Musterrechts nebst Nachweis über Zustellung an den Schuldner mitgeteilt und es läuft danach eine Verzichtserklärung bezüglich desselben Musterrechts zum Vermerk im Register ein, dann wird der Antrag abzuweisen sein, wenn nicht nachgewiesen wird, daß die Pfändung nicht mehr besteht. Denn das zur Kenntnis des Registergerichts gelangte ordnungsgemäß erlassene Verfügungsverbot wird das Registergericht zu berücksichtigen haben.

6. Vorlage eines Ueberweisungsbeschlusses hinsichtlich des gepfändeten Musterrechts. Wäre eine Ueberweisung des Musterrechts vom Vollstreckungsgerichte beschlossen und es würde dem Registergerichte der sonst ordnungsgemäß erlassene und zugestellte Ueberweisungsbeschluß mit dem Antrag auf Vermerk des Rechtsübergangs vorgelegt, so wäre der Antrag abzuweisen.

Ueberweisung an Zahlungs Statt ist ausgeschlossen, weil das Geschmacksmusterrecht keinen Nennwert hat.

Ueberweisung zur Einziehung, wenn sie überhaupt zulässig[16]) ist, bewirkt nicht den Rechtsübergang. Der Schuldner bleibt Inhaber des Rechts. Es ist daher kein Eintrag in das Musterregister zu machen.

7. Antrag auf Eintragung des Rechtsübergangs nach durchgeführter Zwangsvollstreckung. Das Pfandrecht wird nach Gehör des Schuldners (§ 844 II ZPO.) auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts durch Veräußerung des Rechts, in der Regel durch Versteigerung, auch Verkauf aus freier Hand, Ueberlassung des Rechts zum Schätzungspreis an den Gläubiger in Anrechnung auf seine Forderung verwirklicht.

In allen diesen Fällen wird der Erwerber des Rechts, wenn er den Rechtsübergang im Register vermerkt haben will, ihn durch Vorlage des Pfändungsbeschlusses mit Zustellungsnachweis, des Versteigerungs- oder sonstigen Veräußerungsprotokolls und des Beschlusses des Gerichts, welches die Veräußerung anordnet, nachzuweisen haben.[47]) Eintrag und Bekanntmachung wie oben III.

Alle auf die Pfändung von Nießbrauchsrechten oder Lizenzrechten bezüglichen Anmeldungen sind zurückzuweisen, da diese Rechte selbst nicht vermerkt werden.

VII. **Bei Verpfändung eines Geschmacksmusterrechts.** Das Geschmacksmusterrecht unterliegt als übertragbares Vermögensrecht der Verpfändung (§ 3 MustG.; § 1273 BGB.). Das Pfandrecht wird der äußeren Form nach gemäß den für die Uebertragung des Rechts geltenden Vorschriften bestellt (§ 1274 BGB.); da nach dem MustG. keine besondere Form für die Uebertragung vorgeschrieben ist, durch formlosen Vertrag (§ 413, 398 BGB.).

Mangels gesetzlicher Vorschrift und weil sich am Inhaber des Musterrechts nichts ändert, ist die Verpfändung in das Musterregister nicht zu vermerken. Wenn dagegen das Recht nach Vereinbarung von Gläubiger und Schuldner veräußert ist oder die Befriedigung aus dem Rechte gemäß § 1277 BGB. stattgefunden hat, dann kann der Erwerber Vermerk des Rechtsübergangs beantragen. Der Registerrichter hat den Rechtsübergang zu prüfen. Zu diesem Zwecke hat der Antragsteller unter Nachweis der Verpfändung den vollstreckbaren Titel, die Anordnung des Gerichts über die Verwertung des Rechts und die etwa vorhandene Urkunde über die Versteigerung oder sonstige Veräußerung vorzulegen. Mangels genügender urkundlicher Nachweise wird der Registerrichter hier wie bei der Pfändung den Pfandgläubiger, den eingetragenen Rechtsinhaber und den Versteigerer usw. vernehmen.

---

[44]) Für das Antragsrecht des Pfandgläubigers auch Wertheimer a. a. O., LZ. 1908 S. 353. — Die Gebühren und Auslagen wird in diesem Falle der antragstellende Pfandgläubiger (gemäß analoger Anwendung der §§ 12 Abs. 2, 9 Abs. 6 MustG., § 8 der ReichsBek. vom 29. Februar 1876) zu tragen haben. Wie weit er Ersatz vom Pfandschuldner verlangen kann, wird sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag bestimmen. Auf Grund der §§ 857, 829 ZPO. wird sich eine **Verpflichtung** des Schuldners zum Verlängerungsantrag und zur Gebührenzahlung nicht konstruieren lassen.

[45]) Jäger, Komm. z. KO. § 1 Anm. 10.

[46]) Vgl. hierüber Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. § 857 Anm. V 1. Verneinend Wertheimer a. a. O. S. 354.

[47]) Bei Verwertung durch den Konkursverwalter wird der Konkurseröffnungsbeschluß und der Vertrag zwischen dem Konkursverwalter und dem Erwerber des Musterrechts, allenfalls auch die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Pfandverkaufs (§ 127 KO., s. auch VII) nachzuweisen sein. Die Konkurseröffnung selbst wird so wenig wie die Pfändung im Register vermerkt.

Der Rechtsübergang wird bei Antrag in der Spalte „Bemerkungen" eingetragen und bekannt gemacht wie oben III. Für Antrag auf Verlängerung der Schutzfrist gilt das unter VI 2 Gesagte.

VIII. **Bei Beschwerde gegen eine Verfügung des Registergerichts in Geschmacksmustersachen** ist nach Prüfung der Zuständigkeit zu unterscheiden, ob sich die Beschwerde auf das Recht selbst oder die zu erhebende Gebühr bezieht. Ersterenfalls sind für die Beschwerde die Bestimmungen für das Handelsregister entsprechend anzuwenden (Bayer. MBek. vom 14. Dezember 1899 die Führung des Musterregisters betr. § 8; MustG. § 9 Abs. 1). Die Beschwerde ist die der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die einfache Beschwerde, da es sich hier nicht um Fälle der sofortigen Beschwerde des FGG. handelt (e. contr. §§ 125—161 FGG., § 19 FGG.). Sie steht dem abgewiesenen Antragsteller oder dessen gesetzlichen Vertreter gegen alle abweisenden Beschlüsse in Geschmacksmusterangelegenheiten zu (§ 20 FGG.). Andere, deren Rechte dadurch verletzt werden, daß der Anmeldung stattgegeben wird, haben kein Beschwerderecht.[48]) Sie werden im Klagewege versuchen müssen, Schutz ihrer Rechte zu erlangen.[49])

Die Beschwerde ist, wenn ihr nicht abgeholfen wird, an die Kammer für Handelssachen des übergeordneten Landgerichts zu leiten (§ 30, 125 FGG.; § 9 MustG.; § 8 der Bayer. MBek. vom 14. Dezember 1899, die Führung des Musterregisters betr.).[50])

Betrifft die Beschwerde die zu erhebenden Gebühren, so sind in Bayern die Bestimmungen des GebG. i. d. F. vom 13. Juli 1910 anzuwenden (Bayer. MBek. vom 14. Dezember 1899 § 9 Abs. 2). Die erste Einwendung gegen einen Gebührenansatz wird Erinnerung nach Art. 44 GebG. sein. Gegen die gemäß Art. 44 GebG. erlassene Entscheidung greift Beschwerde nach Art. 46, 48 ff. GebG. Platz.

---

[48]) Wird dem Antrage auf Vermerk der Pfändung, der Verpfändung, der Lizenz- oder Nutznießungsrechte, eines Rechtsübergangs, der Nichtigkeitserklärung stattgegeben, dann wird auch dem eingetragenen Urheber das Beschwerderecht zuzugestehen sein.

[49]) Ueber Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage siehe Kohler, Musterrecht S. 134 ff., S. 127 ff.; Allfeld a. a. O., § 7 Anm. 1 MustG. S. 334, aber ebenda § 7 Anm. 4, s. auch oben Anm. 41 und 33.

[50]) Erachtet das Beschwerdegericht die Erfordernisse des Schutzes für erfüllt und wird die abweisende Entscheidung des Registergerichts auf die Beschwerde aufgehoben, so ist der Schutz mit der früheren Anmeldung eingetreten, soweit die zu prüfenden Erfordernisse der Anmeldung und Niederlegung eines Musters in Betracht kommen. Trotzdem kann der Schutz in Wirklichkeit nicht bestehen, weil z. B. das Muster nicht neu oder schon verbreitet ist.

Oeffnung der versiegelt niedergelegten Muster und Musterpakete.

Ohne Antrag hat das Registergericht auf Grund Gesetzes (§ 9 Abs. 5 MustG.) die versiegelt niedergelegten Muster und die versiegelt übergebenen Musterpakete zu eröffnen. Hierbei hat der Registerrichter das Folgende zu beachten:

1. Ist der Zeitpunkt zur Eröffnung gekommen,[51]) sind drei Jahre nach der Anmeldung oder bei kürzerer Schutzfrist diese abgelaufen? Für die Fristberechnung sind die §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. maßgebend. Die Frist beginnt mit dem Tage, an dem die Anmeldung beim zuständigen Amtsgerichte ordnungsmäßig einläuft oder zu dessen Protokoll erklärt wird. Dieser Tag wird bei Berechnung der Frist nicht mitgerechnet. Mit Ablauf des Tages des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Anmeldungstage entspricht, endigt die Frist. Bei Bruchteilen eines Jahres und 29. Februar eines Schaltjahres siehe auch § 188 Abs. 3 BGB.

2. Liegt bei Oeffnung auf Grund des § 11 MustG. ein Antrag des eingetragenen Urhebers oder Rechtsnachfolgers, des Straf- oder Zivilgerichts, der Staatsanwaltschaft oder eines Schiedsgerichts auf Eröffnung des versiegelten Musters vor? Antrag einer anderen Privatperson als des eingetragenen Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers genügt nicht und wäre abzuweisen.

3. Sind die Siegel des Kuverts oder Pakets unversehrt? (Bayer. JMBek. vom 14. Dezember 1899, § 7).

4. Sind in der Umhüllung die auf ihr angegebenen und angemeldeten Muster oder Abbildungen der Muster enthalten? Da der Musterschutz durch Anmeldung und Niederlegung der Muster (oder der Abbildung) erworben wird, wird ein im Paket enthaltenes Muster Schutz nicht genießen, wenn der Schutz ausdrücklich nur für bestimmte Muster in der Anmeldung beansprucht wird und dieses Muster (seiner Beschreibung oder Nummer nach) in der Anmeldung nicht genannt ist. Es fehlt dann an einer gesetzlichen Voraussetzung des Schutzes.

Wenn nur auf dem Pakete die Geschäftsnummern angegeben sind, im Pakete aber die einzelnen Muster (oder Abbildungen) keine Nummern tragen, und im Pakete eine größere Zahl von Mustern vorhanden ist, als Nummern auf dem Pakete angegeben sind, dann fragt es sich, ob sich Anmeldung und Schutz auf sämtliche im Paket enthaltenen Muster oder nur auf eine Anzahl Muster (Abbildungen) und welche Muster erstrecken. Die Entscheidung, ob und wie weit Musterschutz in diesen und ähnlichen Fällen[52]) entstand, wird dem Prozeßgerichte

---

[51]) Prüfung des Kontrollverzeichnisses (§ 11 der ReichsBek. vom 29. Februar 1876, § 7 der Bayer. JMBek. vom 14. Dezember 1899).

[52]) Z. B. Unterschiede zwischen den Nummern auf dem Paket und auf den Mustern selbst.

obliegen. Das Registergericht wird nur den Befund in dem über die Eröffnung aufzunehmenden Protokolle genau festzustellen haben. Wird aber Verlängerung der Schutzfrist beansprucht und der Inhalt des gleich danach eröffneten Pakets stimmt mit der Aufschrift auf ihm und mit der Anmeldung[53]) nicht überein, so wird der Registerrichter zu prüfen haben, ob er die Verlängerung einzutragen hat oder nicht. Wenn mangels der formellen Voraussetzungen der Anmeldung oder Niederlegung Schutz nicht entstanden ist, dann wird er den Mustern nicht durch Eintragung der Ausdehnung den Anschein des Schutzes geben dürfen.

Ist der Gegenstand des Musters wesentlich abweichend von dem verschlossen niedergelegten Muster auf dem Paket und in der Anmeldung angegeben, so wird der Antrag auf Verlängerung abzuweisen sein, da mangels Anmeldung kein Schutz erlangt wurde.[54])

Handelt es sich nur um eine unwesentliche Abweichung in der Bezeichnung des Gegenstandes, so wird die Verlängerung unter Aufrechterhaltung der bisherigen Eintragung eingeschrieben werden können.

Stimmen die Fabrik- oder Geschäftsnummern in der Anmeldung und auf den hinterlegten Mustern nicht, wohl aber die Bezeichnung des Gegenstandes mit den niedergelegten Mustern (Abbildungen) überein, so daß die Gleichheit des Gegenstandes feststeht, für den der Musterschutz begehrt wird, dann wird der Verlängerungsantrag zugelassen werden können.[55])

Enthält das Paket außer den angemeldeten und auf dem Paket angegebenen weitere selbständige Muster oder sind auf dem Paket und in der Anmeldung Muster angegeben, die im Pakete nicht enthalten sind, so ist der Antrag auf Ausdehnung der Schutzfrist für die weiteren oder die nicht enthaltenen Muster abzulehnen, weil Schutz mangels einer gesetzlichen Voraussetzung nicht erlangt war.[56])[54])

War die Anmeldung so gefaßt, daß der Schutz für sämtliche im Paket enthaltene Muster gefordert und die Zahl der Muster und deren Nummern aus der Aufschrift des Pakets nicht ersichtlich war, so war schon die Anmeldung abzuweisen, weil § 9 Abs. 4 MustG. und § 7 Abs. 2 der ReichsBek. vom 29. Februar 1876 nicht beobachtet waren.

Ist in diesem Falle trotzdem die Anmeldung und Niederlegung entgegengenommen worden, dann wird das Registergericht dem Verlängerungsantrag stattgeben, wenn auf ihm bestanden wird, denn es ist immerhin zweifelhaft, ob der Schutz nicht doch entstanden ist. Jedenfalls liegt eine sich auf alle Muster beziehende Anmeldung, Niederlegung und Entgegennahme durch das Gericht vor. Es kann hier dem Prozeßgerichte die Entscheidung überlassen werden, ob die mangelnde Zahl- und Nummernangabe die Entstehung des Schutzes hinderte. Das Registergericht wird hier den Verlängerungsantrag nicht abweisen, selbst wenn mehr als 50 Muster in dem geöffneten Pakete enthalten waren, sondern nur die Gebühr für die über 50 vorgefundenen Muster einfordern.[56]) Kommen bei Eröffnung der versiegelt hinterlegten Muster oder Musterpakete Muster, Modelle oder Abbildungen von solchen zum Vorschein, welche Gesetz-, Sitten- oder Rechtswidrigkeiten enthalten, dann ist ein hierauf bezüglicher Antrag auf Schutzfristverlängerung aus dem oben I 5 aufgeführten Grunde abzuweisen.

Das Registergericht wird richtig und zweckmäßig verfahren, wenn es über die Zulässigkeit des Antrags auf Ausdehnung der Schutzfrist erst nach der Eröffnung entscheidet, die ja fast durchweg alsbald nach einem Verlängerungsantrag zu geschehen hat.

Kleine Mitteilungen.

Haftung für unrichtige Angaben im Handelsteil der Tageszeitungen. Im Handelsteil einer Tageszeitung war eine Notiz erschienen, daß in der Verwaltung einer Aktiengesellschaft starke Streitigkeiten zutage getreten seien, die zu Beschuldigungen strafrechtlicher Art und zu mehreren Prozessen geführt hätten; damit stehe im Zusammenhang, daß sich die demnächst stattfindende Generalversammlung mit der Abberufung eines Aufsichtsratsmitgliedes zu befassen haben werde. Die Direktion der Aktiengesellschaft sandte sofort eine Berich-

---

[53]) Stimmt die Aufschrift des Pakets nicht mit der Anmeldung überein, dann wird der Richter die Berichtigung der Aufschrift oder Anmeldung sofort bei der Anmeldung veranlassen.

[54]) Ob die Anmeldung und Niederlegung noch neuerlich erfolgen kann, wenn Schutz begehrt wird, wird davon abhängen, ob die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für eine Neuanmeldung nach Angabe des Antragstellers noch gegeben sind.

[55]) Gemäß § 10 Abs. 4 MustG. und § 7 der ReichsBek. vom 29. Februar 1876 ist die Angabe der Fabrik- oder Geschäftsnummer zwar Erfordernis der Anmeldung. Wenn aber eine Fabriknummer angegeben und nur in der Bezeichnung geirrt ist, so wird das Registergericht keinen genügenden Anlaß zur Abweisung haben, wenn sonst das Muster deutlich und richtig beschrieben ist.

[56]) S. Bayer. MBek. vom 23. März 1900, die Berechnung von Gebühren für die Eintragung und Niederlegung von Mustern und Modellen nach dem Gesetze vom 11. Januar 1876 betr. (JMBl. 1900 S. 613), welche bestimmt: „Für die Gebührenberechnung in denjenigen Fällen, in denen bei Niederlegung versiegelter Pakete von vornherein ein Schutz über 3 Jahre hinaus in Anspruch genommen wird, sind zunächst die Angaben des Hinterlegers über die Zahl der in den Paketen befindlichen Muster zugrunde zu legen. Ergibt es sich bei der Oeffnung der Pakete, daß die Zahl der im Pakete befindlichen Muster zu niedrig angegeben worden war, so wird derjenige Betrag, der an Gebühr zu wenig entrichtet war, nachträglich eingefordert." Hieraus folgt nicht, daß Schutz erlangt war, denn die Gebühr wird für die mit der Eintragung, Niederlegung und Aufbewahrung verbundene Mühewaltung erhoben (Motive zu § 11 MustG.; Sten. Ber. 1875/76 Bd. 3 S. 79).

tigung ein; diese wurde in einer der nächsten Nummern veröffentlicht, aber mit dem Zusatze, daß der Gewährsmann der Zeitung seine Mitteilungen in vollem Umfang aufrecht erhalte. Nun erhob die Aktiengesellschaft Klage gegen den Verlag der Zeitung und beantragte, diesen zu verurteilen: 1. die weitere Verbreitung der Notiz zu unterlassen; 2. in einer Reihe von Zeitungen durch Inserat bekannt zu geben, daß die Notiz in jeder Beziehung unrichtig sei; 3. einen Schadensersatz von 100 000 *M* zu zahlen. In zwei Instanzen wurde die Klage abgewiesen; das Reichsgericht verwies aber die Sache zur neuen Verhandlung zurück.[1]) Das Berufungsgericht hatte den ersten Antrag der Klage deshalb für unbegründet erachtet, weil keine Tatsachen behauptet waren, aus denen sich entnehmen ließ, daß eine Gefahr der Wiederholung der Notiz bestand; in dieser Hinsicht trat ihm das Reichsgericht bei. Zu den beiden weiteren Anträgen hatte das Berufungsgericht ausgeführt, daß die Veröffentlichung der Notiz wohl geeignet war, den Kredit der Aktiengesellschaft zu gefährden und Nachteile für ihrer Erwerb herbeizuführen, somit auch einen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen, daß aber die Redaktion des Handelsteils ein berechtigtes Interesse daran gehabt habe, auf Vorgänge und Verhältnisse innerhalb der Aktiengesellschaft hinzuweisen, die für die Beurteilung ihrer Geschäftslage und die Bewertung ihrer Aktien von Wichtigkeit waren; der Handelsteil einer Zeitung von der Bedeutung der hier in Rede stehenden gehöre zu der Fachpresse und dieser sei die Befugnis einzuräumen, auf ihrem Gebiete aufklärend und belehrend zu wirken. Diese Ausführungen erklärte das Reichsgericht für unrichtig. Wohl alle größeren Tageszeitungen haben einen Handelsteil, in welchem Vorgänge des Erwerbslebens besprochen werden, die für den Leserkreis von Interesse sein können; der Redakteur dieses Teils steht aber zu den Abonnenten in keiner anderen Beziehung als der Redakteur des musikalischen und literarischen Teils. Die politische Tageszeitung wendet sich nicht an einzelne Fachkreise, sondern an das Publikum als solches; sie will dessen Interessen dienen und darum möglichst alle Gebiete berühren, die für irgendwelche Kreise von Bedeutung sein können. Im besonderen Maße gilt das für den Handelsteil, der bei der heutigen Gestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse für sehr viele Leser von der erheblichsten Bedeutung ist und nicht allein die mit dem Handel beruflich befaßten Personen interessiert. Die Veröffentlichungen dieses Teiles werden darum von vielen Personen gelesen, denen alle sachlichen Vorkenntnisse fehlen; dadurch unterscheidet er sich wesentlich von den Fachblättern, die solche Vorkenntnisse voraussetzen, die sich demnach nur an bestimmte Kreise wenden und zu diesen in eine besondere Beziehung treten. Daß die Leser der Zeitung ein Interesse daran haben mögen, über Vorgänge auf wirtschaftlichem Gebiete unterrichtet zu werden, reicht nicht hin, um eine besondere Beziehung zu dem besprochenen Vorgange herzustellen, die dieses Interesse zu einem berechtigten im Sinne des Gesetzes gemacht und damit die Schadensersatzpflicht für die durch die Veröffentlichung der Notiz entstandenen Nachteile ausgeschlossen hätte (BGB. § 824 Abs. 2). Sonach war die Haftung des Verlags begründet, wenn ein Verschulden nachgewiesen wurde. Festgestellt war, daß weder der Gewährsmann, noch der Redakteur des Handelteils, noch endlich der Geschäftsführer des Verlags die Unwahrheit der Notiz kannte, hinsichtlich des Geschäftsführers außerdem, daß er auch gar nicht mit der Möglichkeit einer Unrichtigkeit rechnen konnte. Die Klage war auch damit begründet worden, daß für den Handelsteil eine besondere Kontrolle hätte eingerichtet werden müssen, um die Aufnahme von falschen Nachrichten zu verhindern. Hiezu erklärte das Reichsgericht, daß das eine Ueberspannung der an die Verleger zu stellenden Anforderungen bedeuten würde, daß diese vielmehr nur zur Bestellung eines geeigneten Redakteurs verpflichtet sind. Die Aktiengesellschaft hatte bestritten, daß der Redakteur des Handelsteil als geeignet anerkannt werden könne und hatte dafür Beweis angeboten, daß der Geschäftsführer des Verlags selbst aus solchen Gründen die Entlassung des Redakteurs beabsichtigt gehabt habe. Wenn das zutraf, war bei der Bestellung des Redakteurs oder bei seiner Belassung in seiner Stellung nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verfahren worden und der Verlag haftete für den Schaden, den der Redakteur in der Ausübung seiner Redaktionstätigkeit vorsätzlich oder fahrlässig einem anderen zufügte. Ein solches Verschulden des Redakteurs war von der Klage namentlich darin gefunden worden, daß er die Berichtigung erst verspätet veröffentlichte und daran die Bemerkung knüpfte, der Gewährsmann halte seine Mitteilung aufrecht. Das Reichsgericht erklärte hiezu, daß die Berichtigung nach dem Preßgesetz in der nächsten zum Druck noch nicht abgeschlossenen Nummer hätte veröffentlicht werden müssen und daß eine Verzögerung auch nicht durch Ermittlungen über die Richtigkeit der Notiz entschuldigt worden wäre. Der Zusatz, daß der Gewährsmann seine Mitteilung aufrecht erhalte, kam einer Wiederholung dieser Mitteilung gleich; er war noch nicht durch die Tatsache gerechtfertigt, daß der Gewährsmann eine solche Erklärung abgab, zumal wenn der Gewährsmann nicht als zuverlässig galt, wie in der Klage behauptet war.

Mit völliger Klarheit läßt sich der Sachverhalt aus dieser Begründung des Urteils nicht entnehmen; es geht aus ihr insbesondere nicht hervor, um welche Zeitung es sich handelt. Das ist nicht gleichgültig; das Reichsgericht deutet selbst an, daß unter Umständen der Handelsteil einer Zeitung wegen der Bedeutung seines Inhalts und dessen formeller Gestaltung zu einem wahren Fachblatt werden kann. Der Angelpunkt der Meinungsverschiedenheiten ist aber hier, wie in vielen anderen, die Verhältnisse der Presse berührenden Urteilen die Abgrenzung des Begriffs der berechtigten Interessen. Die beiden Vorinstanzen hatten ihn weiter gefaßt als das Reichsgericht, ein Vorgang, der sich schon mehrfach wiederholt hat. Nur Schritt für Schritt hat das Reichsgericht eine allmähliche Ausdehnung dieses Begriffes zugestanden; eine Reihe von Urteilen der Untergerichte, die weniger ängstlich vorgingen, verfielen vorher der Aufhebung. Es braucht nur daran erinnert zu werden, wie lang es dauerte, bis das Recht der Tagespresse, öffentliche Angelegenheiten zu besprechen, unter diesem Gesichtspunkt anerkannt wurde. Die Entwicklung steht im engsten Zusammenhang mit den verschiedensten Auffassungen über die Beziehungen des Einzelnen zur Gesamtheit. Legt man das Schwergewicht auf die Interessen des Einzelnen, so wird man die Befugnis der Presse sehr eng abgrenzen, ungestraft Dinge zu behaupten, die

[1]) VI. Zivilsenat, 11. Dezember 1913 (JW. 1914 S. 244).

diesen Interessen zuwiderlaufen; betont man dagegen mehr die Interessen der Gesamtheit und sieht die Presse als im Dienste der Gesamtheit stehend an, so kommt man zu anderen Ergebnissen. Das Reichsgericht wird wohl nochmal Gelegenheit erhalten, zu der Frage Stellung zu nehmen, denn das Urteil, das nun auf Grund der neuen Verhandlung ergeht, wird voraussichtlich wieder angefochten werden, zumal da das Reichsgericht in seinem jetzigen Urteil manche Fragen ausdrücklich offen gelassen hat. In einem Urteil vom 2. Januar 1905 hat der gleiche Senat die Abweisung einer Klage gebilligt, die darauf gestützt war, daß in einem Konversationslexikon vor Geheimmitteln gewarnt und unter den als minderwertig bezeichneten Mittel auch ein vielverbreitetes Haarwasser angeführt worden war, und das damit begründet, es sei das gute Recht eines literarischen Unternehmens, das sich die große und verdienstliche Aufgabe stelle, auf allen Gebieten des menschlichen Wissens eine der allgemeinen Durchschnittsbildung zugängliche und entsprechende Unterweisung zu geben, auch auf dem Gebiete des Geheimmittelwesens aufklärend und belehrend einzugreifen.[1]) Auf dieses Urteil hatte sich der beklagte Verlag auch im vorliegenden Falle berufen; das Reichsgericht bemerkte aber, daß mit einem solchen wissenschaftlichen Unternehmen sich der Handelsteil einer Zeitung nicht vergleichen lasse, noch viel weniger die hier in Betracht kommende, nicht wissenschaftliche, sondern rein tatsächliche Notiz.

Amtsgerichtsrat Riß in München.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Registersachen.

Findet gegen die Ablehnung der Eintragung eines wirtschaftlichen Vereins die sofortige den Vorschriften der ZPO. folgende Beschwerde nach § 60 Abs. 2 BGB. oder die einfache und unbefristete Beschwerde aus § 19 FGG. statt? Sind die §§ 28 und 199 FGG. hierauf anwendbar? Der Vorstand des Sparvereins R. meldete den Verein zur Eintragung an. Das AG. wies die Anmeldung zurück, weil der Hauptzweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet und deshalb die Eintragung nach §§ 21, 22 BGB. ausgeschlossen sei. Die sofortige Beschwerde wurde als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß legte der Verein weitere Beschwerde ein. Das ObLG. hat sie gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem Reichsgerichte vorgelegt. Dieses verwarf das Rechtsmittel als unzulässig.

Gründe: Das ObLG. möchte die weitere Beschwerde für zulässig und begründet erachten. Es ist der Ansicht, daß in den Fällen, in denen die Anmeldung eines Vereins wegen des wirtschaftlichen Zweckes zurückgewiesen wird, nicht die sofortige, den Vorschriften der ZPO. folgende Beschwerde aus § 60 Abs. 2 BGB., sondern die einfache unbefristete Beschwerde aus § 19 FGG. gegeben sei. Es sieht sich aber an einer Entscheidung in diesem Sinne gehindert, weil das Reichsgericht entschieden hat, daß § 60 Abs. 2 BGB. auch Platz greife, wenn die Anmeldung eines Vereins aus dem hier in Frage kommenden Grunde zurückgewiesen wird (RGZ. 47 S. 386, JurW. 1903 Beil. S. 113 Nr. 248). Das ObLG. verkennt nicht das Gewicht der für die Ansicht des Reichsgerichts sprechenden Gründe, dem die überwiegende Zahl der Rechtslehrer, das Kammergericht (Jahrb. 20 S. A 8, 26 S. A 3, 27 S. A 237, 39 S. A 144, 44 S. A 163) und bisher auch das ObLG. selbst (vgl. Samml. 11 S. 729) gefolgt sind. Andererseits erwägt es, daß durch die ausgedehnte Anwendung des § 60 Abs. 2 BGB. und damit des § 568 Abs. 2 ZPO. für das Vereinsrecht das im Gebiete der freiw. Gerichtsb. bestehende Beschwerderecht geschmälert und die durch die Vorschrift in § 28 Abs. 2 FGG. angestrebte Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefährdet werde. Diesem Ergebnisse gegenüber schließt sich das ObLG. der Auffassung an, die in dem Beschlusse des OLG. Dresden vom 3. Juni 1903 (ZBlFG. 5 S. 760) niedergelegt, vom Reichsgericht aber mißbilligt ist. Es hält dafür, daß dieser Auffassung bei dem engen Zusammenhang zwischen § 60 Abs. 2 BGB. und § 60 Abs. 1 sowie den dort angeführten §§ 56—59 gesetzliche Bedenken kaum entgegenständen und findet ebensowenig in der Entstehungsgeschichte einen Anhalt für die Annahme, daß der Gesetzgeber in § 60 auch die Zurückweisung der Anmeldung wegen des wirtschaftlichen Zweckes des Vereins habe miteinbeziehen wollen.

Ueberwiegende Gründe sprechen für die Beibehaltung der reichsgerichtlichen Auffassung. Neben der Zwiespältigkeit des Rechtsmittels, die sich ergeben würde, wenn je nach dem Grunde der Zurückweisung die sofortige Beschwerde nach der ZPO. oder die einfache unbefristete Beschwerde nach dem FGG. gegeben wäre, kommt in Betracht, daß kein durchschlagender Grund ersichtlich ist, der den Gesetzgeber beim Erlasse des BGB. bestimmt haben könnte, die Fälle der Zurückweisung wegen Fehlens der Erfordernisse der §§ 56—59 und wegen eines Mangels der hier in Rede stehenden Art verschieden zu ordnen. Im Gegenteil. In der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. war ein Antrag gestellt worden, der die jetzt in § 73 Abs. 1 Satz 2 und 3 sowie in § 73 Abs. 2 BGB. enthaltenen Vorschriften des damaligen § 57 streichen und in Verbindung mit den Bestimmungen über die Anfechtung der ein Eintragungsgesuch zurückweisenden Beschlüsse erst in dem FGG. treffen wollte (vgl. Prot. Bd. I S. 570/571). Die Mehrheit hielt es jedoch für erforderlich, die in den Entwurf aufgenommenen Bestimmungen „wenigstens vorerst" darin zu belassen, und später wurde auch dem damaligen § 54 die jetzt in § 60 Abs. 2 BGB. enthaltene Vorschrift beigefügt (vgl. Prot. Bd. VI S. 117). Es ist nahezu ausgeschlossen, daß die Kommission zwar Wert darauf gelegt hätte, bei Zurückweisung einer Anmeldung wegen Fehlens der Erfordernisse der §§ 56 bis 59 ein Rechtsmittel zu gewähren und die Art der Anfechtung zu klären, daß sie aber für die weit wichtigeren Fälle einer Zurückweisung wegen des wirtschaftlichen Zweckes des Vereins alles dem ungewissen Schicksale des zu jener Zeit noch nicht ausgearbeiteten FGG. hätte überlassen wollen. Nach der damaligen Lage sollte sich vielmehr die im jetzigen § 60 getroffene Regelung sicher auf alle Fälle der Zurückweisung erstrecken. Bei dieser „wenigstens vorerst" getroffenen Regelung ist es dann geblieben. Dabei war man sich bewußt, daß das AG. eine Anmeldung nicht bloß zurückweisen kann, wenn den Erfordernissen der jetzigen §§ 56—59 nicht genügt ist, sondern auch aus anderen Gründen und insbesondere dann, wenn der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Auch das FGG. hat es bei der Vorschrift im § 60 BGB. belassen. In der Denkschrift zu dem Entw. zu diesem Gesetze ist zu dem Abschnitt über die Vereinssachen ausdrücklich bemerkt, für einzelne Fälle habe bereits das BGB. (§§ 60, 73) das Beschwerdeverfahren durch Verweisung auf die Vorschriften der ZPO. geregelt, diese Bestimmungen würden selbstverständlich durch die allgemeinen Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren in den §§ 18 bis 27 des Entw. nicht berührt.

Das ObLG. hat die weitere Beschwerde dem Reichs-

[1]) Siehe diese Zeitschrift Jahrg. 1905 S. 129.



gericht auf Grund des § 28 Abs. 2 FGG. vorgelegt. Findet aber auf diese Beschwerde § 60 Abs. 2 BGB. Anwendung und folgt sie deshalb den Vorschriften der ZPO., so fragt sich, ob das Reichsgericht zu einer Entscheidung überhaupt zuständig ist. Auf diese Frage ist es in seinen früheren Beschlüssen nicht eingegangen. Sie ist in der Rechtslehre streitig. Das Kammergericht und bisher auch das ObLG. haben sie stets bejaht. Das ObLG. äußert jetzt aber Bedenken. Es meint, die §§ 28, 199 FGG. hätten nur die weitere Beschwerde des FGG. im Auge, und verweist auf die soeben mitgeteilte Bemerkung in der dem Entwurfe zu diesem Gesetze beigegebenen Denkschrift. Diese Bedenken sind nicht durchschlagend. Die Ansicht, daß die §§ 28, 199 FGG. auch in den Fällen der §§ 60, 73 BGB. gelten, hat das Kammergericht eingehend begründet. Der Begründung mag nicht in allen Einzelheiten beizupflichten sein, im Ergebnisse muß ihr aber zugestimmt werden. Ueberwiegende Gründe sprechen dafür, daß das FGG. die §§ 28, 199 auf alle weiteren Beschwerden in der freiw. Gerichtsb. angewandt wissen will, auch auf die nach den §§ 60, 73 BGB. den Vorschriften der ZPO. folgenden. Auffallend ist allerdings, daß die erwähnte Stelle in der Denkschrift zum Entw. des FGG. unter den allgemeinen Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren, durch die für die Fälle der §§ 60, 73 BGB. die durch Verweisung auf die ZPO. gegebenen besonderen Vorschriften „selbstverständlich" nicht berührt würden, auch den dem jetzigen § 28 FGG. entsprechenden § 27 des Entw. nennt. Entscheidende Bedeutung kann dem indessen nicht beigemessen werden. Die Bemerkung in der Denkschrift hat im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden und kann deshalb nicht ohne weiteres im einzelnen maßgebend sein. Sind aber die §§ 28, 199 FGG. auch in den Fällen der §§ 60, 73 BGB. anwendbar, so kann die Entscheidung des Reichsgerichts nur auf Verwerfung der weiteren Beschwerde lauten. Sie ist unzulässig, weil sie nicht innerhalb der gesetzlichen Frist eingelegt ist (§ 577 Abs. 2 ZPO.) und weil die landgerichtliche Entscheidung keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält (§ 568 Abs. 2 ZPO.). (Beschl. d. IV. ZS. v. 14. Februar 1914, IV B 6/1913).

3325 W.

B. Zivilsachen.

I.

Anwendungsgebiet des § 427 BGB. Aus den Gründen: Zu beanstanden ist die Anwendung des § 427 BGB. auf den Fall einer auf nichtigen Verträgen beruhenden Bereicherung. Wenn sich Mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten, so haften sie gemäß § 427 im Zweifel als Gesamtschuldner. Dieser Fall kann hinsichtlich der Herausgabe einer grundlos empfangenen Leistung vorliegen, wenn die Herausgabe- oder Rückgabe-Verpflichtung auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertragsbestimmung beruht. Aber in Fällen, wo es zu einer tatsächlichen Vermögensverschiebung gekommen ist, ohne daß in irgendeinem Zeitpunkt eine Vertragspflicht bestand, kann § 427 für den Bereich der §§ 812 ff. nicht angewendet werden (vgl. JW. 1909 S. 274 Nr. 8). (Urt. des IV. ZS. vom 2. Februar 1914, IV 521/13).

3318 ———n.

II.

Voraussetzungen des Anspruchs auf den Notweg. Aus den Gründen: Der Haupteinwand des Klägers gegen die Einräumung der Notwege ist der, daß das Bedürfnis nach dem Wege erst durch eine Aenderung der Benutzungsart der Grundstücke der Beklagten und folgeweise durch eine willkürliche Handlung der Beklagten hervorgerufen worden sei. Das BG. hat ihn mit Recht verworfen. Im § 918 Abs. 1 BGB. ist der Anspruch auf den Notweg nur ausgeschlossen, wenn durch eine willkürliche Handlung des Eigentümers die frühere Verbindung mit einem öffentlichen Wege aufgehoben wird. Davon ist hier nicht die Rede, da die frühere Verbindung fortbesteht und nur infolge der anderweitigen Benutzung der Grundstücke unzureichend geworden ist. Inbetreff der Benutzung verlangt § 917 BGB. nur eine „ordnungsmäßige" Benutzung. Damit ist, wie von der Kommission für die 2. Lesung (Prot. Bd. III S. 152/3) unter Ablehnung entgegenstehender Anträge ausdrücklich festgestellt worden ist, eine von der früheren Benutzungsart abweichende Art der Benutzung keineswegs ausgeschlossen. Freilich soll nicht jede willkürliche Aenderung des Gebrauchs den Anspruch begründen, vielmehr „objektiv und nach vernünftigem Ermessen erwogen werden, ob die geplante Benutzung den wirtschaftlichen Bedürfnissen entspricht". Das hat aber das BG. getan. Es hat festgestellt, daß die neue Benutzung infolge der fortgeschrittenen Bebauung und der Nähe der Großstadt, der Natur der Grundstücke und ihrer Lage an einem schiffbaren Flusse nicht nur nicht widerspricht, sondern durch die neuen Verhältnisse wirtschaftlich geradezu geboten ist. Der Kläger selbst benutze seine angrenzenden Grundstücke in derselben Weise und habe selbst vorgetragen, daß die Grundstücke jetzt einen 100fachen Ertrag lieferten (vgl. Planck Anm. 1, Staudinger Anm. II 2, Biermann Anm. 1, Turnau-Förster Anm. I Abs. 3 zu § 917 BGB.). (Urt. des V. ZS. vom 21. Februar 1914, V 370/13).

3320 ———n.

III.

Mitverschulden des Reisenden, der sich beim Gehen und Stehen während der Eisenbahnfahrt nicht mit den Händen festhält. Aus den Gründen: Von einem mitwirkenden Verschulden des Klägers kann nach Ansicht des OLG. nicht gesprochen werden: es bezeichnet es als eine Ueberspannung des von den Reisenden zu verlangenden Maßes an Sorgfalt, wollte man fordern, daß sie bei jedem Aufstehen von ihrem Platze, also bei jedem Bewegen im Abteil während der Fahrt sich mit den Händen festhalten, um der Gefahr zu begegnen, bei einem Stoße des Wagens hinzustürzen. Die Begründung ist in dieser allgemeinen Fassung bedenklich. Wer die Eisenbahn besteigt, um darin eine Fahrt zurückzulegen, weiß und hat sich bewußt zu sein, daß er infolge der Bewegung des Zuges Erschütterungen, Rucken u. dgl. ausgesetzt ist, die beim Aufstehen, Gehen und sonstigen Bewegungen im Wagen den Reisenden ins Schwanken und zu Fall bringen und so Unfälle veranlassen können. Dem hat der Reisende Rechnung zu tragen, sich im besonderen während der Fahrt mit der erforderlichen Vorsicht zu bewegen und dabei festzuhalten, widrigenfalls ihn der Vorwurf des Selbstverschuldens i. S. der §§ 254, 276 BGB. trifft. Das gilt unzweifelhaft ebensowohl vom Verkehr in den Wagenabteilen wie in den dazu gehörigen Aborten. Indessen ist nicht zu verkennen, daß das Maß der Anforderungen wesentlich von den Umständen des Augenblicks abhängt, in dem die Bewegung geschieht. Hier geht das OLG. davon aus, daß der Unfall sich kurz nach der Abfahrt des Zuges ereignet hat, als dieser mithin noch keine erhebliche Geschwindigkeit angenommen hatte. Der Kläger hat beim Herumdrehen, im Begriff den Abort zu verlassen, den Ruck verspürt, infolgedessen wurde er nach vorn und dann zurückgeschleudert. Das OLG. hat für diesen Augenblick und unter den angeführten Umständen keine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darin erblickt, daß sich der Kläger nicht festgehalten hat. Das ist nicht irrig. (Urt. d. VI. ZS. vom 29. Januar 1914, VI 584/13).

3292 ———n.

IV.

Umgehung des Wettbewerbsverbots. Aus den Gründen: Das BG. hält nicht nur für erwiesen, daß S. seine Mittel dazu verwandte, daß von seinem Bruder eine Fabrik errichtet wurde, die der Beklagten Konkurrenz machte. Es nimmt auch an, er habe in der verschiedensten Weise bei dem Betriebe dieser Konkurrenzfabrik mitgewirkt derart, daß sich sein Verhalten als eine der Verkehrssitte widersprechende Umgehung seiner Vertragspflicht darstellte. Nach der Feststellung des BG. hat er seine Vorräte und zur Herstellung von Fliegenfängern dienenden Einrichtungsgegenstände seinem Bruder überlassen. Er hat veranlaßt, daß seine mit der Herstellung vertraute Schwägerin in die Dienste des auf den Namen seines Bruders geführten Unternehmens trat. Er war selbst häufig in der Fabrik anwesend, hat sich dort hauptsächlich mit dem Versand der Waren, aber auch mit Abstellung von Mängeln, also mit der Fabrikation befaßt. Er hat nach Ablauf der Geltung des Wettbewerbsverbots die Fabrik wieder auf seinen Namen geführt, seinem Bruder Hauptbestandteile der Fliegenfänger, nämlich Leim und Teller, geliefert und das Alleinvertriebsrecht an den hergestellten Fliegenfängern ausgeübt. Mag auch die eine oder andere dieser Tatsachen nicht von entscheidender Bedeutung sein, so stellen sie doch, in Verbindung mit der Hergabe der Geldmittel zum Betriebe des Unternehmens, in ihrer Gesamtheit eine Umgehung des vertragsmäßigen Wettbewerbsverbots dar, die nach Treu und Glauben einer unmittelbaren Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot gleichzustellen ist. (Urt. d. III. ZS. vom 3. Januar 1914, III 309/1913). —a—

3255

V.

Ausübung öffentlicher Gewalt. Aus den Gründen: Das OLG. hat festgestellt, daß der Schutzmann M. sich bei seinem Einschreiten seiner Eigenschaft als Schutzmann bewußt gewesen ist und als Beamter gehandelt hat. Dies hat es damit begründet, daß M. noch in derselben Nacht auf dienstlichem Anzeigevordruck Strafanzeige gegen den Kläger wegen tätlichen Angriffs und Beleidigung dienstlich erstattet und darin angegeben hat, er habe den Kläger mehrfach aufgefordert weiterzugehen und den Unfug zu unterlassen, der Kläger sei geflohen. Es hat weiter angeführt, daß M. bei seiner Vernehmung ausdrücklich betont habe, er sei zum Waffengebrauche kraft seines Amtes befugt gewesen, da er eine fremde Person gegen andere habe schützen müssen. Schließlich hat das OLG. darauf hingewiesen, daß auch der Polizeipräsident der Staatsanwaltschaft die Auskunft erteilt habe, M. habe in Ausübung seines Amtes gehandelt, worauf die Staatsanwaltschaft gegen den Kläger Anklage wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt erhoben habe. Hiernach wollte M., der dienstfrei war, aber Dienstkleidung mit Mütze trug, in Ausübung seines Amtes als Schutzmann handeln. Es lag ein Anlaß zu amtlichem Handeln für ihn vor, da er von Frau B. zur Abwehr der Belästigungen des Klägers um Hilfe angegangen war. Sein amtliches Eingreifen ist auch dadurch in die Erscheinung getreten, daß er der Aufforderung der Frau B. entsprechend gegen den Kläger vorgegangen ist und von seiner Dienstwaffe Gebrauch gemacht hat. (Urt. des III. ZS. vom 24. Februar 1914, III 491/13). —a—

3315

VI.

Wann hat die Zustimmung zum Ehebruch als zurückgenommen zu gelten? Aus den Gründen: Das BG. geht von der Erwägung aus, daß bei Prüfung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten eines Eheteils als Zustimmung zum Ehebruch des andern Teils aufzufassen sei, zu untersuchen ist, ob der Zustimmende sich das Verhalten des andern Teils zu eigen mache in dem Sinne, daß dieses Verhalten seine eheliche Gesinnung nicht beeinträchtige und ihm die Ehe nicht unerträglich mache. Daraus folgert das BG., daß umgekehrt auch bei Prüfung der Frage, ob die Zustimmung zurückgenommen sei, ausschlaggebendes Gewicht darauf gelegt werden müsse, wie das ehebrecherische Verhalten auf das eheliche Empfinden des anderen Teils wirke. Dem ist nicht beizupflichten. Die Zustimmung kann wirksam auch dann zurückgenommen werden, wenn dem Zurücknehmenden das ehebrecherische Treiben des andern Teils innerlich vollständig gleichgültig ist und ihm an sich die Fortdauer der Ehe nicht unerträglich machen würde. Es kommt insoweit ausschließlich auf die Willenskundgebung des Zurücknehmenden an, nicht auf seine innere Gesinnung. (Urt. des IV. ZS. vom 24. Januar 1914, IV 494/13). ———n.

3319

VII.

§ 7 ZPO. kann nicht auf persönliche Dienstbarkeiten angewendet werden. Aus den Gründen: Der Vertreter des Beklagten meint, daß die Vorschrift des § 7 ZPO. anzuwenden sei, wonach bei Streitigkeiten über Grunddienstbarkeiten der Betrag maßgebend sein soll, um den die Grunddienstbarkeit den Wert des dienenden Grundstücks mindert, dann, wenn dieser Betrag höher ist, als der Wert, den die Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück hat. Allein eine Grunddienstbarkeit kann hier nicht in Frage kommen, weil es an einem herrschenden Grundstücke fehlt. An diesem Erfordernisse mag für das gemeine Recht (RGZ. 14 S. 215) nicht immer streng festgehalten sein, und deshalb kann dahingestellt bleiben, ob für besonders geartete Fälle des gemeinen Rechts eine entsprechende Anwendung des § 7 statthaft erscheinen kann (RGZ. 29 S. 406). Nach dem BGB. (§ 1118) sind Grunddienstbarkeiten nur solche, die dem einen Grundstücke gegen das andere zustehen. Den Grundgerechtigkeiten ähnlich sind die sog. gesetzlichen Dienstbarkeiten, und bei diesen ist eine entsprechende Anwendung des § 7 unbedenklich (RGZ. 67 S. 81). Hierüber hinaus aber die Vorschrift auch auf persönliche Dienstbarkeiten anzuwenden, ist nicht zulässig, da die Vorschrift des § 7 eine vereinzelte Ausnahmevorschrift ist. (Urt. des V. ZS. vom 11. Februar 1914, V 426/13). ———n.

3321

VIII.

Unrichtige Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Aus den Gründen: Das OLG. hat das klagabweisende Landgerichtsurteil dahin abgeändert: „Der Klaganspruch ist dem Grunde nach insoweit gerechtfertigt, als die Klägerinnen den angemessenen Preis für 4000 kg Dampf für den Arbeitstag fordern. Zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Betrag wird der Rechtsstreit an das LG. zurückverwiesen." Die Revision rügt Verletzung der §§ 538 Abs. 1 Nr. 3, 304 ZPO.: Das OLG. habe Zurückverweisung an das LG. in weiterem Umfange verfügen müssen. Denn zum Verfahren über den Grund gehöre nicht mehr die Feststellung der bestimmten Zahl des Mehrverbrauchs an Dampf. Diese Feststellung sei Sache des Betragsverfahrens. Die Rüge ist abzulehnen. Nach den vom RG. in RGZ. 56, 187; 59, 427; 61, 411; 73, 65; 77, 396 und JW. 1905, 215[25] zu § 538 ZPO. gegebenen Erläuterungen durfte das OLG. die Sache überhaupt nicht an das LG. zurückverweisen. Der Zweck der durch Abänderungsgesetz vom 17. Mai 1898 der Nr. 3 hinzugefügten Worte „oder die Klage abgewiesen ist" war nur, daß der gesamte Prozeßstoff in 1. Instanz entschieden, also für keinen Teil des Prozeßstoffs die 1. Instanz ausgeschaltet werden soll. Das LG. hat über Grund und Betrag verhandelt und entschieden, also irgend einen

Teil des Prozeßstoffs gerade nicht vorbehalten (RGZ. 77, 398), so daß eine Beschränkung des OLG. auch einen von der 1. Instanz vorerst allein abgeurteilten Teil des Prozeßstoffes (RG. 61, 411 f.) und eine erstmalige Verhandlung und Entscheidung des LG. über einen vorher von ihm noch nicht entschiedenen Teil nicht mehr möglich ist. Die vom OLG. verfügte Zurückverweisung der Sache hat zur Folge, daß über den Betrag zum zweiten Male in der 1. Instanz verhandelt und entschieden wird. Dieser Irrtum des OLG. schließt die Revisionsrüge aus: war der Rechtsstreit überhaupt nicht zurückzuverweisen, so kann die Revision nicht als Gesetzesverletzung rügen, daß der Rechtsstreit noch in weiterem Umfange als geschehen hätte zurückverwiesen werden sollen. Dem Irrtum kann von Amts wegen nicht abgeholfen werden, und die Kläger haben die unrichtige Wiederholung des Betragsverfahrens in 1. Instanz nicht gerügt, Revision vielmehr überhaupt nicht eingelegt. (Urt. d. III. ZS. vom 3. Februar 1914, III 452/13). —a—

3300

C. Strafsachen.

Verfälschung von Aufrechnungsbescheinigungen nach § 1419 RVO. Wirkung der Rechtskraft von Strafbescheiden der Versicherungsämter. Aus den Gründen: 1. Die Aufrechnungsbescheinigungen, die nach § 1419 RVO. bei der Zurückgabe von Versicherungskarten den Karteninhabern ausgehändigt werden, sind selbständige öffentliche Urkunden und keineswegs nur „Anhängsel der Quittungskarten". Die Verfälschung solcher Aufrechnungsbescheinigungen fällt nicht unter § 1495 Abs. 2 RVO. Diese Vorschrift bezieht sich vielmehr ebenso wie § 1495 Abs. 4 ausschließlich auf die Verfälschung von Quittungskarten. Die Verfälschung einer solchen Bescheinigung kann darum auch dann als Urkundenfälschung bestraft werden, wenn sie nicht in der Absicht begangen worden ist, dem Täter oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder anderen einen Schaden zuzufügen.

2. Der Beschwerdeführer meint, daß der Bescheid des Versicherungsamts, durch den auf Grund des § 1495 Abs. 1 oder 2 eine Geldstrafe verhängt wird, die Eigenschaft eines Urteils habe, dessen Vorhandensein die spätere Verurteilung wegen Urkundenfälschung durch das Gericht hindere. Das ist irrig. Eine solche Eigenschaft kommt jenem Bescheide nicht zu. Er verbraucht nicht die Strafklage wegen Urkundenfälschung. Die Akten ergeben übrigens, daß der Angeklagte vom Versicherungsamt nicht wegen der hier in Rede stehenden Verfälschung auf Grund des § 1495 RVO. in Strafe genommen worden ist. Die Strafverfügung ist gegen den Angeklagten auf Grund der §§ 1428, 1488 RVO. erlassen worden, weil er als Arbeitgeber nicht für seinen Dienstboten die vorgeschriebenen Versicherungsmarken verwendet hatte. Die Bestrafung durch das Schwurgericht aber ist erfolgt, weil der Angeklagte späterhin die Fälschung begangen hat, um die Unterlassung zu verdecken. Es kann also nicht die Rede davon sein, daß es sich in beiden Fällen um eine und dieselbe Tat gehandelt hätte. (Urt. d. V. StS. vom 20. März 1914, V D 1138/13). ———n.

3333

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Löschung einer altrechtlichen Verfügungsbeschränkung im Grundbuch (Art. 189 EG. BGB.). Im Grundbuch steht in Abt. 2 folgender Eintrag vom 28. November 1872: „Die Besitzer haben sich verpflichtet, in dem auf dem Bauplatze Pl.-Nr. 2½ zu errichtenden Gebäude nie eine Wirtschaft zu führen." Die Verpflichtung war zugunsten des Wirtes Wolfgang R. begründet worden. Am 6. August 1913 beantragten die gegenwärtigen Eigentümer die Löschung des Eintrags. R. sei gestorben und damit sei die Dienstbarkeit erloschen. Dem Antrage war eine pfarramtliche Sterbeurkunde beigefügt. Das GBA. lehnte die Löschung ab; die Beschwerde war ohne Erfolg. Das ObLG. wies auch die weitere Beschwerde zurück.

Gründe: Eintragungen von Verfügungsbeschränkungen der hier in Frage stehenden Art waren unter dem HypG. nicht selten. Die Verfügungsbeschränkungen mußten unter den in §§ 25, 26 HypG. bestimmten Rechtsfolgen eingetragen werden (§ 22 Z. 7 HypG.). Ihre fortdauernde Gültigkeit ist durch Art. 168 EG. BGB. gewährleistet. Nach dem gemäß Art. 189 EG. BGB. hier anzuwendenden PreußLR. konnte die Beschränkung des Eigentümers in doppelter Weise erfolgen, sowohl zugunsten eines bestimmten Grundstücks (LR. T. I Tit. 21 §§ 11 und 12) als auch zugunsten einer bestimmten Person (T. I Tit. 2 §§ 122 bis 130 mit T. I Tit. 19 § 1). Letzteren Falles konnte die Beschränkung entweder nur der Person des Erwerbers zustehen oder auch als ein veräußerliches und vererbliches Recht begründet werden. Ob hier die Verfügungsbeschränkung einer bestimmten Person oder einer bestimmten Sache zustehen sollte, läßt der Wortlaut nicht entnehmen. Die Eintragung ist aber damit nicht unstatthaft; ihre Bedeutung ist aus den begründenden Urkunden, auch aus sonstigen Beweismitteln zu entnehmen. Die Behauptung der weiteren Beschwerde, daß im Zweifel das Eigentum des Verpflichteten nicht weiter beschränkt werden dürfe als bei strenger Auslegung der Willenserklärung nach deren Wortlaut, findet zwar in T. I Tit. 21 § 8 eine scheinbare Begründung, es kommt aber in Betracht, daß hier der Wortlaut keineswegs klar ist, sondern daß gerade Zweifel bestehen. Obwohl die Annahme naheliegt, daß die Beschränkung nur zugunsten des Wolfgang R. vereinbart wurde, bleibt doch die Möglichkeit, daß sie zugunsten eines bestimmten Grundstücks zugestanden wurde, und hiefür spricht, daß Wolfgang R. auf dem von ihm zur Zeit des Verkaufes innegehabten Hause eine Gastwirtschaft betrieb, daß das Wirtschaftsverbot augenscheinlich den Vorteil dieses Wirtschaftsbetriebes bezweckte und daß die Käufer sich verpflichteten, „nie" eine Wirtschaft zu führen. (Beschl. des I. ZS. vom 6. Februar 1914, Reg. III 113/1913). W.

3326

B. Strafsachen.

Voraussetzungen für die formelle Gültigkeit einer ortspolizeilichen Vorschrift. Was versteht man unter Vertrieb i. S. des § 20 Abs. 2 FleischbG.? Nur der Vertrieb frischen Fleisches darf dem Beschauzwang innerhalb der Gemeinde unterworfen werden; darüber hinausgehende ortspolizeiliche Vorschriften sind ungültig. Der Magistrat der Stadt K. hat auf Grund des § 20 Abs. 2 FleischbG. und des Art. 74 PStGB. eine von der Regierung für vollziehbar erklärte und in den beiden Blättern zu K. veröffentlichte ortspolizeiliche Vorschrift erlassen: „§ 1. Frisches Fleisch, welches in den Stadtbezirk eingeführt wird, unterliegt dem Beschauzwang innerhalb der Stadtgemeinde. § 2. Uebertretungen dieser Vorschrift werden gemäß Art. 74 PStGB. bestraft". Der Angeklagte, seine Hausfrau und K. ließen zur Verwendung in ihrem Haushalt auf gemeinschaftliche Rechnung und Gefahr frisches, vereinbarungsgemäß vom Angeklagten bestelltes Fleisch aus H. kommen, verteilten und verwendeten es in dem Haushalte, legten den sie treffenden Betrag nebst Porto und Auslagen zusammen und sendeten den Kaufpreis an den Verkäufer in H. Die Vorinstanzen verurteilten den Angeklagten wegen Uebertretung der ortspolizeilichen Vorschrift. Er wurde von dem Revisionsgerichte freigesprochen.

Aus den Gründen: Die Vorgerichte haben die Bestätigung des Stadtmagistrats K., daß die ortspolizeiliche Vorschrift in den beiden Blättern zu K. verkündet worden ist, als genügenden Nachweis der Bekanntmachung nach Art. 11 Abs. 1 PStGB. erachtet. Diese Annahme ist nicht richtig. Wird die ortspol. Vorschrift in der Form des § 1 Nr. 1 der MinE. vom 28. Mai 1862, die Form der Verkündigung orts- und distriktspol. Vorschriften betr., durch Einrücken in das im Gemeindebezirk erscheinende Lokalamtsblatt bekannt gemacht, so muß zur Prüfung der formellen Gültigkeit der Vorschrift das Amtsblatt festgestellt und die Nummer des Amtsblatts vorgelegt werden; erscheint die Bekanntmachung in einer Sonderausgabe als Beilage des Hauptblatts, so muß im Hauptblatt darauf verwiesen werden. (Abs. 1 der MinE. v. 27. Dezember 1901, Verkündung ortspol. Vorschr. betr., MABl. S. 3; ObLGSt. Bd. 5 S. 310). Der Nachweis ist gegebenenfalls von Amts wegen zu erholen. Der Senat hat aber keinen Anlaß dazu, da auch bei formeller Gültigkeit der ortspol. Vorschrift das angefochtene Urteil nicht aufrecht erhalten werden kann.

Der Senat hat sich in dem Urteile vom 22. November 1913 (s. diese Zeitschr. 1914 S. 75) damit beschäftigt, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange gegenüber dem FleischbG. landesgesetzliche Vorschriften über die Fleischbeschau erlassen werden können. Darnach kann insbesondere auf Grund des § 20 Abs. 1 keine allgemeine Nachbeschau des Fleisches angeordnet werden; der § 20 Abs. 1 gestattet nur der Polizeibehörde, in Einzelfällen die nochmalige Untersuchung des verdächtigen Fleisches anzuordnen, um sich Gewißheit über die vermuteten Eigenschaften des Fleisches zu verschaffen. Dagegen kann in den Fällen des § 20 Abs. 2 und des § 24 FleischbG. und unter den daselbst bezeichneten Voraussetzungen eine allgemeine Anordnung der Nachbeschau auf dem Wege der Landesgesetzgebung erlassen werden. § 24 kommt hier nicht in Betracht.

§ 20 Abs. 2 hat nicht einen strafrechtlichen Inhalt, sondern gibt nur die Ermächtigung, auf Grund Landesrechts innerhalb der vorgezeichneten Grenzen Vorschriften zu erlassen. Ueberschreiten diese Vorschriften die Grenzen der Befugnisse, so sind sie teilweise oder ganz ungültig; daraus ergibt sich, daß die in der Polizeivorschrift enthaltene Bezugnahme auf das Gesetz die Gültigkeit nicht sichern kann, wenn aus ihrem Inhalte hervorgeht, daß in Wirklichkeit eine durch das Ermächtigungsgesetz nicht zugelassene Anordnung getroffen wird. (ObLGSt. Bd. 3 S. 115, Bd. 11 S. 99). § 20 Abs. 2 FleischbG. beschränkt die landesrechtlichen Vorschriften unter gewissen dort bezeichneten Voraussetzungen insbesondere auf den Vertrieb frischen Fleisches.

Für den Begriff „Vertrieb“ ist mangels einer gesetzlichen Begriffsbestimmung der allgemeine Sprachgebrauch maßgebend. Darnach ist „Vertrieb“ eine entgeltliche Veräußerung; kein Vertrieb liegt vor, wenn der Gegenstand ohne Entgelt abgegeben oder überhaupt nicht veräußert wird. Es scheiden daher alle die Fälle aus, in denen die Ware z. B. verschenkt oder im eigenen Haushalte, zum Selbstbedarf, zum eigenen Nutzen verwendet wird. Wer mithin Fleisch einführt und es nicht entgeltlich veräußert, der vertreibt es nicht und kann demnach nicht verpflichtet werden, solches Fleisch nochmals beschauen zu lassen. Die Grundlage, nach dem § 20 Abs. 2 FleischbG. Vorschriften zu erlassen, bildet Art. 74 Abs. 1 PStGB. Der Magistrat der Stadt K. hat jedoch die ihm gesetzten Schranken überschritten, indem er unterschiedslos eingeführtes frisches Fleisch dem Beschauzwang unterwirft, ohne Rücksicht darauf, ob es zum Vertrieb eingeführt wird oder nicht. Darnach ist die ortspol. Vorschrift ungültig, da sie nicht aus einzelnen, etwa teilweise mit dem § 20 Abs. 2 FleischbG. zu vereinbarenden Teilen besteht. Sie kann auch nicht dahin ausgelegt werden, daß wenigstens der Vertrieb frischen Fleisches dem Beschauzwang unterworfen werden sollte. Die Vorschrift ist nämlich einerseits in ihrem Inhalte so klar und bestimmt, daß für eine Auslegung kein Raum ist. Anderseits spricht § 20 Abs. 2 allgemein von Beschränkungen und erwähnt von diesen nur besonders den Beschauzwang, so daß aus der Bezugnahme der Vorschrift auf § 20 Abs. 2 nicht entnommen werden kann, welchen der zulässigen Beschränkungen der Vertrieb eingeführten frischen Fleisches unterworfen werden sollte. Durch die ortspol. Vorschrift ist angeordnet, was gesetzlich nicht zulässig ist, dagegen nicht angeordnet, was gesetzlich zulässig ist. Es trifft zu, was das OLG. Jena in dem Urteile vom 5. Juni 1894 ausführt (Jelinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung S. 217 Anm. 63; Thür. Bl. Bd. 42 S. 148): „Es kann vom Publikum nicht gefordert werden, daß es untersucht, ob eine nach ihrem Inhalte ungültige polizeiliche Verordnung gültig sein würde, wenn sie sich auf einen engeren Tatbestand beschränkt haben würde, der in ihr gar nicht gekennzeichnet ist, und daß es dann die Verordnung innerhalb dieser engeren Grenzen beachte“. Bei dieser Rechtslage ist es nicht notwendig auf die Frage einzugehen, ob in dem Tun des Angeklagten überhaupt ein Vertrieb des Fleisches zu erblicken ist. (Urt. vom 31. Januar 1914, Rev.-Reg. Nr. 719/1913). Ed.

3308

Oberlandesgericht Nürnberg.

Vertragsmäßiges „Grenz-, An- und Aufbaurecht“; wofür und von wem wird die Entschädigung geschuldet, die im Falle des Anbauens entrichtet werden soll? Abtretbarkeit der Entschädigungsforderung. Konkurseröffnung, Zwangsversteigerung und Zwangsvergleich bei dem Anbauenden vor Vollendung des Anbaues. Der notarielle Vertrag vom 17. November 1902, durch den die Eheleute St. als Eigentümer der aneinandergrenzenden Bauplätze Pl.-Nr. 55 und 55¼ das Grundstück Pl.-Nr. 55 an die Eheleute R. verkauften, enthielt u. a. folgende Bestimmung: „Die Käufer verpflichten sich, bei dem Neubau auf Pl.-Nr. 55 die Mauer so auf die Grenze zu stellen, daß die eine Hälfte der Mauerstärke auf Pl.-Nr. 55 und die andere Hälfte auf Pl.-Nr. 55¼ zu stehen kommt. Die Parteien räumen sich nun gegenseitig das Grenz-, An- und Aufbaurecht an allen Grenzen zwischen den beiden Grundstücken ein. Hierbei wird ausdrücklich bestimmt, daß der Späterbauende dem Erstbauenden die Hälfte der Herstellungskosten der benützten Mauer, den Kubikmeter zu 20 *M* berechnet, zu ersetzen hat. Vorstehende Grunddienstbarkeit gilt selbstverständlich auch für die beiderseitigen Rechts- und Besitznachfolger. Auf Eintrag im Hypothekenbuch wird verzichtet.“ Mit notarieller Urkunde vom 20. August 1904 übertrugen die Eheleute R., die bereits eine jenem Vertrage entsprechende Giebelmauer errichtet hatten, „ihre Ansprüche auf Entschädigung, welche die Eigentümer des Nachbargrundstücks Pl.-Nr. 55¼ bzw. deren jeweilige Rechts- und Besitznachfolger an die Eheleute R. für das An- und Aufbauen an die Giebelmauer zu leisten haben“, an den Kaufmann O. Am 17. Oktober 1904 ersteigerten die genannten Eheleute St. gemeinschaftlich das Anwesen Pl.-Nr. 55 in der Zwangsversteigerung gegen die Eheleute R. Mit Notariatsurkunde vom 10. Mai 1905 wurde Pl.-Nr. 55¼ an J. verkauft. In Ziff. VII dieses Vertrages heißt es: „Von den hinsichtlich des Kaufgrundstücks bestehenden An- und Aufbaurechten hat der Käufer Kenntnis und tritt in sie ein.“ Mit Notariatsurkunde vom 26. Oktober 1910 traten die Eheleute St. als Eigentümer der Pl.-Nr. 55 den Anbauentschädigungsanspruch an O. ab; J. hatte damals bereits bis zur Höhe des ersten Stockwerks an die Grenzmauer angebaut. Am 2. November 1910 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen des J. eröffnet, in dessen

Verlauf am 18. Juli 1911 sein Anwesen Pl.-Nr. 55¹/₄ im Zwangswege von den Eheleuten S. ersteigert wurde. Im Versteigerungstermine wurde eine Zuschrift des O. bekannt gegeben, worin er die Vertragsbestimmung vom 17. November 1902 sowie die erwähnten Uebertragungen der Anbauentschädigungsforderungen mitteilte; die Versteigerungsbedingungen enthielten davon nichts. Das Konkursverfahren wurde durch einen die Gläubiger mit 10% ihrer Forderungen befriedigenden Zwangsvergleich beendigt. Darnach kaufte am 9. Juli 1912 J. das Anwesen Pl.-Nr. 55¹/₄ von den Eheleuten S. zurück. In der Kaufsurkunde verpflichtete sich J. etwaige Anbauentschädigungen zur Regelung zu übernehmen. Er vollendete sodann den bei Eröffnung des Konkursverfahrens bis zum ersten Stockwerk gebrachten Anbau. Der Klage des O. gegen J. auf Ersatz der halben Kosten für die Herstellung der Grenzmauer gab das LG. statt, die Berufung des Beklagten wurde als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Dem Erstrichter ist darin beizupflichten, daß dem Zwangsversteigerungsverfahren hinsichtlich der Pl.-Nr. 55¹/₄ kein weiterer Einfluß auf die Entscheidung beizulegen ist. Eigentümer der Grenzmauer waren und blieben zunächst die Käufer der Pl.-Nr. 55. Wie sich in der Zukunft die Eigentumsverhältnisse dieser Mauer gestaltet haben, ob die übergebaute Mauerhälfte durch den Anbau wesentlicher Bestandteil wurde und ob dies sofort mit Beginn des Anbaues oder erst mit dessen Vollendung eingetreten ist, kann hier vollständig dahingestellt bleiben. Die Entschädigung sollte keine Vergütung für den Eigentumserwerb an der auf Pl.-Nr. 55¹/₄ übergebauten Mauerhälfte sein. Ob der Anbauende die Mauer bei seinem Anbau in ihrer ganzen Fläche benützen würde, war zur Zeit des Vertrags vom 17. November 1902 noch nicht bestimmt, sonst würde die Vertragsbestimmung keinen Sinn haben, daß der Kubikmeter der benützten Mauer mit 20 *M* berechnet werden sollte; es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß das Eigentum an der übergebauten Mauerhälfte nur soweit auf den Anbauenden übergehen sollte, als er die Mauer zum Anbau benützen würde, ein übrigbleibender Teil also im Eigentum des zuerst Bauenden verbleiben und demgemäß nur der Preis für den Eigentumserwerb bemessen werden sollte, soweit eben angebaut werden würde. Nach dem Willen der Vertragschließenden ist eine gegenseitige Grunddienstbarkeit vereinbart worden, kraft deren der erstbauende Eigentümer der Pl.-Nr. 55 die Grenzmauer in ihrer halben Stärke auf das Nachbargrundstück Pl.-Nr. 55¹/₄ bauen darf, dagegen der Eigentümer von Pl.-Nr. 55¹/₄ an diese Mauer sein Haus anbauen darf. Es handelt sich nicht um zwei Mauerhälften, sondern um eine Mauer; nicht von zwei Mauerhälften, sondern nur von der Hälfte der Mauerstärke war im Vertrage die Rede und das hatte nur zu bedeuten, daß eine Mauer errichtet werden sollte, die für beide Nachbarhäuser eine Mauerwand sein, für beide die Trennmauer sein sollte. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Vereinbarung einer solchen gegenseitigen Grunddienstbarkeit nicht rechtswirksam sein sollte. Danach diente also Pl.-Nr. 55¹/₄ der Pl.-Nr. 55 dadurch, daß die halbe Mauerdicke des auf Pl.-Nr. 55 gebauten Hauses auf Pl.-Nr 55¹/₄ stehen durfte, Pl.-Nr. 55 der Pl.-Nr. 55¹/₄ dadurch, daß das auf diesem Grundstück zu erbauende Haus an die Mauer angebaut werden durfte, die trotz des Ueberbaues auf die Pl.-Nr. 55¹/₄ in ihrem ganzen Umfange Bestandteil der Pl.-Nr. 55 geblieben war; die Einräumung des Anbaurechts auf die zu Pl.-Nr. 55 allein gehörige Mauer war der Inhalt der der Pl.-Nr. 55¹/₄ bestellten Grunddienstbarkeit. Was die Entschädigungspflicht des Anbauenden anlangt, so ist allerdings in der Literatur streitig, ob eine Entschädigungspflicht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks für die Ausübung der Grunddienstbarkeit mit deren Wesen überhaupt vereinbar ist. Der wirtschaftliche Zweck derartiger Vertragsbestimmungen ist, daß jeder Teil mehr Raum für sein Wohnhaus gewinnt, dadurch, daß er seinen Grund und Boden um eine halbe Mauerstärke mehr ausnützen kann, sowie der, daß er für eine Mauerwand seines Hauses an Kosten spart. Es entspricht nur der Billigkeit, daß jeder Teil für diese Vorteile auch zu den Kosten beiträgt. Es ist nicht eine Vergütung für die Ausübung der Grunddienstbarkeit im strengen Sinne des Wortes vereinbart, sondern das ganze Zustandekommen des Grunddienstbarkeitsvertrags beruht auf dem Gedanken, daß die gleiche Vorteile schaffenden Kosten auch gleichmäßig getragen werden sollten. Unter diesen Umständen kann die Entschädigungspflicht des Anbauenden der Annahme von Grunddienstbarkeiten nicht hinderlich sein und die nach dem Willen der Vertragschließenden gleichfalls dinglichen Charakter tragende Entschädigungspflicht ist begründet. Was die Abtretbarkeit der Entschädigungsforderung anlangt, so hat die Abtretung durch R. an O. vom 20. August 1904 außer Betracht zu bleiben. Wie der erk. Senat schon mehrmals entschieden hat — Urteil vom 5. Juli 1912 — wird der ursprünglich dinglich mit dem Eigentum verbundene Anspruch auf Entschädigung zu einem persönlichen und somit ohne gleichzeitige Uebertragung des Eigentums abtretbaren erst dann, wenn angebaut wird. Dies war am 20. August 1904 noch nicht der Fall, wohl aber am 26. Oktober 1910 (Abtretung durch die Eheleute St. an O.). Damals hatte der Beklagte bereits bis zum ersten Stockwerke angebaut. Die Bemängelung der rechtlichen Wirksamkeit dieser Abtretung ist unbegründet. Richtig ist, daß eine Forderungsabtretung erst dann möglich ist, wenn der abzutretende Anspruch obligatorisch ist. Abgetreten wurde die Forderung, die ihre Entstehung im Vertrage vom 17. November 1902 hatte; dort aber ist die Forderung zwar nicht ziffermäßig, aber doch insoferne in ihrer Höhe bestimmt, daß sie später genau berechnet werden konnte. Das genügt zur Abgrenzung der hier abgetretenen Forderung; ein Zweifel an dem Zusammenfallen der abgetretenen Forderung mit der aus dem Vertrage vom 17. November 1902 stammenden konnte nicht vorliegen. Aber auch die Person des Schuldners war genügend bestimmt. Nach der Entsch. des RG. im Recht 1909 Nr. 3321 ist die Bezeichnung der Person des Schuldners zur wirksamen Abtretung einer Forderung nicht erforderlich, wohl aber muß ein bestimmter Schuldner vorhanden sein. Eine Forderung war bei dieser Abtretung schon entstanden; anzunehmen war mangels entgegenstehender Anhaltspunkte, daß der damalige Anbauende J. auch den Anbau vollenden werde, wie es in der Tat ja auch später der Fall war. Aber auch für den Fall, daß nicht J., sondern ein Rechtsnachfolger im Eigentum an Pl.-Nr. 55¹/₄ den Anbau vollenden würde, war immer der jeweilige Eigentümer der Schuldner, da die Entschädigungsforderung nach wie vor gegen jeden anbauenden Eigentümer an Pl.-Nr. 55¹/₄ bestehen blieb. — Zu prüfen ist noch der Einwand des Beklagten, daß allerhöchstens eine Befriedigung der eingeklagten Forderung zu 10% beansprucht werden könnte. Auch dieser Einwand ist unbegründet. Maßgebend ist, zu welchem Zeitpunkt die Entschädigungsforderung fällig war. Eine noch nicht fällige Forderung konnte im Konkurs über das Vermögen des Beklagten nicht berücksichtigt werden. Zur Zeit des Zwangsvergleichs war aber die Forderung noch nicht fällig. Auch hier ist wieder der Wille der Vertragschließenden vom 17. November 1902 maßgebend. Ueber den Zeitpunkt der Fälligkeit enthält dieser Vertrag nichts. Wie die Erfahrung zeigt, werden bei derartigen Grenzmauer-Anbauverträgen häufig Bestimmungen vereinbart, daß die Entschädigung bereits im Laufe des Anbaues stufenweise zu bezahlen ist, z. B. „von Gebälk zu Gebälk" oder „nach dem Fortschreiten des Baues und der stockweisen Benützung der Giebelmauer". In dem Ver-

trage vom 17. November 1902, den die Parteien vor dem rechtskundigen Notare geschlossen haben, ist gerade die Anbauvereinbarung besonders eingehend und ausführlich niedergelegt worden, es ist aber kein Wort davon erwähnt, daß bereits im Laufe des Anbauens ein Teil der Entschädigungsforderung zu zahlen sein sollte. Im Konkurs J. ist eine Anbau-Entschädigungsforderung nicht angemeldet worden; die Entschädigung soll nach dem Vertrag nach der Kubikmeterzahl des zum Anbau benutzten Teiles der Mauer berechnet, also offenbar bei Vollendung des Anbaues durch Ausmessung der benützten Mauerfläche festgesetzt werden. Das Gericht folgert hieraus, daß die Vertragschließenden die Entschädigungsforderung erst mit Vollendung des Anbaues fällig werden lassen wollten, denn sonst wäre die Fälligkeit, ein hervorragend wichtiger Punkt des Vertrags, in der Urkunde sicherlich anderweit geregelt worden. Der Zwangsvergleich hat sonach auf die Höhe der Entschädigungsforderung keinen Einfluß und diese ist in der eingeklagten Höhe berechtigt. (Urt. des I. ZS. vom 27. Juni 1913). [1]) E.

3272

Aus der Rechtsprechung des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs.

Zu den Kosten der Zwangserziehung i. S. des Art. 8 ZwErzG. gehören nur solche, die auf die Zwangserziehung selbst erwachsen; Abgrenzung gegenüber den von der Armenpflege zu tragenden Kosten. Drei Zwangszöglinge waren wegen Erkrankung aus ihrem Erziehungsheim — der eine aus einer Familie, die beiden andern aus Anstalten — zur ärztlichen Behandlung in nur hierzu bestimmte Krankenanstalten gebracht worden, ohne daß die Zwangserziehung aufgehoben oder die Zöglinge vorläufig aus der Zwangserziehung entlassen worden wären (Art. 6 Abs. I und III ZwErzG.). Die Heimatgemeinde beanspruchte, daß ihr von den hierdurch entstandenen Kosten wie von allen anderen während des Vollzugs der Zwangserziehung entstandenen Kosten nach Art. 8 Abs. III ZwErzG. $^1/_5$ von dem Distrikt und $^2/_5$ vom Staat ersetzt würden. Der VGH. hat diesen Anspruch für unbegründet erklärt in Uebereinstimmung mit Englert, ZwErzG. Anm. 3 zu Art. 8 S. 85/6; a. M. von der Pfordten Anm. 1 Abs. II zu Art. 8 S. 53.

Wesentlicher Inhalt der Gründe: Gegen den Anspruch der Heimatgemeinde sprechen der Wortlaut des Art. 8 Abs. I („die Kosten der Zwangserziehung") und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Die Begründung des Gesetzentwurfs weist darauf hin, daß schon nach Art. 36 Abs. III ArmenG. die heimatliche Armenpflege verlangen konnte, daß von ihr unterstützte Kinder, deren Erziehung vernachlässigt wurde, dem Armenpflegschaftsrate zur besseren Unterbringung und Erziehung überlassen wurden (AbgKVerh. 1899/1900 Beil. Bd. 2 S. 849 ff.); die Kosten trug hier selbstverständlich die Armenpflege. Allerdings kann sich für die Gemeinden eine höhere Belastung daraus ergeben, daß nun nach den Vorschriften des ZwErzG. auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts die Distriktsverwaltungsbehörde die Unterbringung in einer Familie, einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt verfügt, ohne daß der heimatlichen Armenpflege ein entscheidender Einfluß eingeräumt wäre. Allein das Gesetz soll auch bei der Familie und der Gemeinde das Gefühl der Verantwortlichkeit nicht mindern, sondern im Gegenteil die Gemeinden veranlassen, auf eine gute Erziehung hinzuwirken (Begründung a. a. O. S. 853). Nur „soweit es mit diesem Grundgedanken verträglich erscheint, kann den Gemeinden die Abwälzung der Kosten auf breitere Schultern ermöglicht werden". Hiermit wurde die teilweise Uebernahme der Zwangserziehungskosten auf den Staat und den Distrikt begründet. Bedenken hiegegen wurden in den Landtagsverhandlungen nicht laut. Allerdings wurde auf die Belastung der Gemeinden durch das Gesetz hingewiesen und die Uebernahme der Kosten auf den Staat oder doch eine den Gemeinden günstigere Verteilung beantragt. Demgegenüber wurde verschiedentlich betont, daß mit dem Gesetze den Gemeinden nicht Lasten abgenommen werden sollen, die ihnen nach dem Armengesetze obliegen, und Art. 8 in der Fassung des Entwurfs angenommen (AbgKVerh. 1901/1902 StenBer. Bd. 7 S. 205 ff., besonders S. 209, 220, 223, 228, 280 ff., RRKVerh. 1901/1902 StenBer. Bd. 2 S. 136/7). Die hier in Frage stehenden Kosten sind nicht für den eigentlichen Zweck der Zwangserziehung entstanden, sondern während einer tatsächlichen Unterbrechung der Erziehung, außerhalb der Familie oder der Anstalt, wo der Zwangserziehungsbeschluß vollzogen wurde; sie sind verursacht durch eine Hilfeleistung, die ihrer Natur nach in das Gebiet der Armenpflege fällt, und können nicht als „Kosten der Zwangserziehung" angesehen werden (vgl. auch §§ 50 und 3 Abs. 3 Vollz.-Bek. vom 28. Juni 1902). (Entsch. des III. S. vom 18. März 1914, Amtl. Samml. 1914 S. 1 ff.). E.

3334

[1]) Die Begründung der Entscheidung ist wohl nicht ganz bedenkenfrei; wir kommen vielleicht darauf zurück.
Der Herausgeber.

Bücheranzeigen.

Soergel, Dr. H. Th., K. Bayer. Hofrat. Rechtsprechung 1913 zum gesamten Zivil- Handels- und Prozeßrecht des Reiches und der Bundesstaaten enth. die Literatur zu 385 Gesetzen unter Mitwirkung von Landrichter **Dr. Scherling** in Naumburg und Landrichter **Dr. Karl Becker** in Düsseldorf. 14 Jahrgang. 1175 Seiten. Stuttgart 1914, Deutsche Verlagsanstalt. Gebd. Mk. 10.60.

Wir verweisen auf die Empfehlung des vorhergehenden Jahrgangs auf S. 175/1913. Die Sammlung ist insbesondere wegen der erschöpfenden Behandlung des bayerischen Landesrechts sehr brauchbar. Im übrigen sind ihre Anlage und ihre Vorzüge bekannt.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Das Postscheckgesetz vom 26. März 1914 wird im RGBl. Nr. 18 S. 85 ff. veröffentlicht. Es tritt am 1. Juli 1914 in Kraft. Ohne die Vollzugsvorschriften kann es nicht wohl erläutert werden, zumal da es in § 11 gewisse Vorbehalte für den inneren Verkehr im Königreich Bayern enthält. Nach dem Erscheinen der bayerischen Ausführungsvorschriften wird voraussichtlich in dieser Zeitschrift eine Abhandlung über das Gesetz veröffentlicht werden, die insbesondere seine Bedeutung für die Rechtspflege klarlegen wird.

3335

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Nr. 10. München, den 15. Mai 1914. 10. Jahrg.

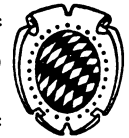
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die drei Hauptfragen des Kommunmauerrechts.[1]

Von Justizrat Dr. Karl Buhmann, Rechtsanwalt in München.

I. Wer ist Eigentümer des über die Grenze gebauten Kommunmauerteiles?

Diese Abhandlung geht von dem Vorhandensein zweier nebeneinander liegender Bauplätze 1 und 2 aus, deren Eigentümer A und B sind. A baut kommun. Es stehen sich folgende, miteinander unvereinbare Anschauungen gegenüber:

1. A wird Eigentümer der ganzen Kommunmauer, also auch des über die Grenze gebauten Mauerteiles (Breit, Das Recht der gemeinschaftlichen Brandmauern, bei Arthur Roßberg, sowie Breit SächsA. 1911 S. 385; RGZ. 72, 272 und JW. 1910 S. 60. Weiter Staudinger BGB. § 921 Anm. IV — dort eine umfassende Literaturzusammenstellung — und RGRK. § 921 Anm.).

Zu 1 gibt es 3 Spielarten. Die eine geht dahin, daß A Eigentümer des übergebauten Mauerteiles bleibt (RheinA. 105, 49 ff.; 108, 260 ff. Anm.), auch wenn B anbaut; die zweite geht dahin, daß B mit dem Anbau Eigentümer des übergebauten Mauerteiles werde (RheinA. 108, 373 ff.; OLG. Breslau in JW. 1911 S. 511); eine dritte Meinung nimmt an, daß nach dem Anbau Miteigentum zwischen A und B eintrete (vgl. Crome § 397 S. 299).

2. Das Eigentum teilt sich mit der Errichtung der Kommunmauer in 2 Hälften zwischen A und B (Wein in BayZfR. 1913 S. 23 und 24; RGZ. 70, 200; JW. 1911 S. 211 und 366; Busch in BayZfR. 1914 S. 157 ff.).

Die Anhänger der sog. Kommunmauerüberbaulehre, die sich zur Begründung ihrer Anschauung auf § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. und auf eine analoge Anwendung des § 912 BGB. berufen, geben selbst zu, daß § 94 BGB. das Eigentum an unbeweglichem Vermögen grundsätzlich regelt und daß eine andere Gestaltung des Eigentums an unbeweglichem Vermögen auf Grund Parteiwillens an sich ausgeschlossen und nur zuzulassen ist, wenn das Gesetz selbst dem Parteiwillen einen ausdrücklichen Einfluß auf die Gestaltung des Eigentums einräumt.

Es wird deshalb niemanden einfallen, zu behaupten, daß unter der Herrschaft des BGB. durch Parteiwillen superfiziarisches Eigentum geschaffen oder das Eigentum an einem Gebäude in horizontaler Richtung mit dinglicher Wirkung geteilt werden könne.

Richtig ist, daß das BGB. in zwei Fällen die allgemeinen Regeln über Grundstückseigentum durchbrochen hat. Die eine Ausnahme enthält § 912 BGB., die andere § 95 BGB. Dem § 912 BGB. liegt die Annahme zugrunde, daß A eine falsche Vorstellung von der richtigen Grenze hat, sich also über den Flächeninhalt seines eigenen Grundstücks irrt. Der Ueberbau nach § 912 BGB. hat die Wirkung, daß A ohne eine darauf abzielende Willensrichtung Eigentum an einem auf fremden Grund und Boden errichteten Gebäude erwirbt, also kraft Gesetzes und ohne jeden Vorgang im Grundbuch (ebenso Busch BayZfR. 1914 S. 159).

Ist bei A der Wille darauf gerichtet, Eigentum an einem Gebäude auf fremdem Boden und Grund mit der Errichtung des Gebäudes zu erhalten, so kann wohl § 95 BGB., niemals aber § 912 BGB. angewendet werden.

Daß § 912 BGB. eine einzigartige, von einem ganz besonderen wirtschaftlichen Gesichtspunkte aus-

[1]) I. Wer ist Eigentümer des über die Grenze gebauten Mauerteiles? — II. Ist die Kommunmauer eine Grenzeinrichtung? — III. Hat der Erbauer der Kommunmauer einen Ablösungsanspruch? Wer ist Schuldner?

gehende und daher jeder Ausdehnung unfähige Ausnahmebestimmung ist, ergeben die Motive zum Grenzüberbau (§§ 587—860). Sie lehnen es ausdrücklich ab, die Grundsätze der Spezifikation und eine Umkehrung des Satzes „superficies solo cedit" im Immobiliarrechte zuzulassen, weil eine solche Zulassung mit den Grundsätzen des Immobiliarrechts in Widerspruch treten würde.

Die Motive fahren wörtlich weiter:

„Aber im Falle des Grenzüberbaues, in welchem die strenge Geltendmachung der Eigentumskonsequenzen mit besonderen Härten verbunden sein würde, ist eine Abhilfe möglich, welche dem einen Teil große Vorteile verschafft, ohne den anderen Teil in einigermaßen erheblicher Weise zu schädigen. In den Mitteln der Abhilfe geht der Entwurf nur soweit, als das Bedürfnis es erfordert. Der Entwurf gibt nur ein gesetzliches Recht auf Duldung des Ueberbaues und regelt die Erwerbung des Rechtes und des gesetzlichen Rechts des duldenden Teiles auf rentenartiges Entgelt."

Aus den Worten: „Nur soweit" im Zusammenhang mit den in den Motiven ausgedrückten Absichten des Gesetzgebers läßt sich folgern, daß jede analoge Anwendung des § 912 BGB. ausgeschlossen sein muß, insbesondere aber eine, die statt des gesetzlichen Tatbestandes die Parteiabsicht und Vereinbarung, auf fremdem Grund und Boden Gebäudeeigentum zu erwerben, zum Ausgangspunkt nimmt (zum gleichen Ergebnis kommt Busch a. a. O.).

Schon die systematische Einstellung des § 912 BGB. in den Abschnitt „Eigentum" und in den Titel „Inhalt des Eigentums" (statt „Erwerb des Eigentums") sollte den Anhängern der Kommunmauerüberbaulehre zu Bedenken Anlaß geben (vgl. auch Schmitt in BayZfR. 1914 S. 59 I). Zudem besteht vom Standpunkt der ratio legis aus nicht das leiseste Bedürfnis, den bewußten und gewollten Ueberbau dem unbewußten und unverschuldeten Ueberbau hinsichtlich des Eigentums am übergebauten Mauerteil gleichzustellen.

Ist der Ueberbau bewußt rechtswidrig oder grobfahrlässig vorgenommen worden, so schafft der Beseitigungsanspruch eine gerechte Strafe, ist er mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des B, also auf Grund Vertrages erfolgt, so ist ein besonderer gesetzlicher Schutz des A nicht vonnöten, weil der Schutz im Abschluß des Vertrages selbst liegt.

Der Gesetzgeber kann auch gar nicht daran gedacht haben, dem bewußt (im Sinne der Einholung oder Annahme einer nachbarlichen Genehmigung) Ueberbauenden einen besonderen gesetzlichen Schutz angedeihen zu lassen; sonst hätte er doch eine solche mit den Motiven in Widerspruch stehende Absicht irgendwie ausdrücken müssen. Die analoge Anwendung des § 912 BGB. auf den vertragsmäßig vereinbarten Ueberbau ist demnach nur möglich, wenn man dem Wortlaut des § 912 und dessen Sinn und Bedeutung Gewalt antut (A. M. Abele in LZ. 1914 S. 836).

Nicht viel überzeugender wirkt die Berufung der Anhänger der Kommunmauerüberbaulehre auf § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. Hier taucht zunächst die Frage auf, ob unter einem Recht an fremdem Grund und Boden auch obligatorische Rechte gemeint sein können oder nur dingliche. Die letztere Anschauung vertreten vor allem Staudinger BGB. § 95 Anm. 3c und RGRKomm. zu § 95 Anm. 5. Die Literatur für und gegen diese Anschauung ist bei Staudinger zusammengestellt.

Befremdend wirkt bei den beiden Kommentaren die Folgewidrigkeit, die darin liegt, daß sie unter Rechten im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. nur dingliche Rechte verstehen, gleichwohl aber bei Erörterung des Kommunmauerrechtes die Meinung zu vertreten scheinen, daß der Kommunmauerüberbau Eigentum des Erbauers wird. (Staudinger BGB. § 921 Anm. VI 1 und RGRKomm. § 921 Anm. 2).

Zu der Streitfrage hier weiter Stellung zu nehmen ist deshalb überflüssig, weil die Berufung auf § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht geeignet ist, die Frage nach dem Eigentum an dem auf Grund Vereinbarung errichteten Kommunmauerüberbau zu lösen. Denn unter einem dinglichen Rechte an einem Gebäude, das auf fremdem Grund und Boden steht, versteht man, wenn es ein vereinbartes Recht sein soll (darüber besteht allseits Einigkeit), nur die Dienstbarkeit, den Nießbrauch und das Erbbaurecht (s. auch Schmitt in BayZfR. 1914 S. 61 VI und Abele a. a. O.), also Rechte, die neben der Vereinbarung auch noch des Eintrags im Grundbuch zu ihrer dinglichen Wirkung bedürfen. Die vorstehende Aufzählung der dinglichen Rechte an Gebäuden auf fremdem Grund und Boden, soweit Vereinbarung in Betracht kommt — (das Recht aus § 912 BGB. ist ein nicht vereinbartes Recht dieser Art) — ist erschöpfend und andere solche vereinbarte Rechte sind im bürgerlichen Rechte aus grundsätzlichen Erwägungen (s. die oben angeführten Motive zu § 912 BGB.) absichtlich nicht zugelassen.

Die Anhänger der Kommunmauerüberbaulehre behaupten auch gar nicht und können nicht behaupten, daß bei der Vereinbarung der Errichtung einer Kommunmauer eine dingliche Wirkung beabsichtigt sei, weil sie zugeben müssen, daß vereinbarte dingliche Rechte an einem auf fremden Grund und Boden stehenden Gebäude zur dinglichen Wirkung nicht nur der Vereinbarung, sondern auch grundsätzlich des Vollzuges im Grundbuch bedürfen.

Es wird deshalb gesagt, daß unter einem Gebäuderecht auf fremdem Grund und Boden i. S. des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. auch ein nur obligatorisch vereinbartes Gebäuderecht zu verstehen sei. Diese Begründung trägt den Widerspruch in sich selbst, weil sie den maßgebenden Willen der vertragschließenden Teile in das Gegenteil verkehrt. Dieser Wille ist auf eine dauernde und dingliche Wirkung gerichtet.

Aus dem Vorgetragenen ergibt sich als Folgerung, daß A und B mit der Errichtung der

Kommunmauer auch deren Eigentümer gemäß § 94 BGB. je zur Hälfte werden, weil keine der Ausnahmevorschriften des § 912 oder des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorliegt und Analogie aus grundsätzlichen Erwägungen gegenüber dinglichen Rechtsvorschriften ausgeschlossen sein muß.

Diese Auffassung vertreten das RG. in RGZ. 70, 200, JW. 1911 S. 211 und S. 366 und Planck Anm. 4 zu § 94.

In den angegebenen reichsgerichtlichen Entscheidungen ist ausgeführt, das BGB. stehe, wie sich aus den §§ 93, 94 Abs. 1 und 946 BGB. ergebe, in den Gesetzesmaterialien ausgesprochen und vom RG. in ständiger Rechtsprechung anerkannt sei, grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß ein Bau als wesentlicher Bestandteil zu dem Grundstücke nur soweit gehöre, als er fest mit ihm verbunden sei, also darauf stehe; es sei an diesem Grundsatze, insbesondere auch bei einer Grenzeinrichtung festzuhalten (vgl. auch noch RGZ. 65, 363; 31, 396 und 53, 310; ferner insbesondere Busch in BayZfR. 1914 S. 159 ff.; ferner für Grenzeinrichtungen auch Staudinger BGB. § 921 Anm. II a).

Die den gegenteiligen Satz aufstellende und weitere Ausnahmen von §§ 95 und 912 BGB. an sich zulassende Entscheidung des RG. 72, 72 behandelt einen Fall aus dem Rheinischen Rechtsgebiet, bei welchem die Kommunmauer vor dem dem Jahre 1900 errichtet war und der als Ausgangspunkt daher den code civil hatte.

Die anscheinend gleichfalls die gegenteilige Meinung vertretenden Entscheidungen in RGZ. 74, 89 und 83, 143 betreffen Sonderfälle aus dem eigentlichen Anwendungsgebiet des § 912 BGB., wie ihre Begründung ergibt.

Zu welcher Künstelei die gegenteilige Auffassung in der Gesetzauslegung führt, beweisen am schlagendsten die Ausführungen Breits S. 134 ff. Breit unterscheidet einen „normalen" (zunächst einseitig nützlichen) Ueberbau und einen „nicht normalen" (beiderseits nützlichen) Ueberbau. Diese Unterscheidung ist willkürlich, weil das Gesetz sie nicht kennt. Sie ist auch rechtlich nicht haltbar, weil die rechtliche Natur eines nach § 912 BGB. zu beurteilenden Ueberbaues nicht durch nachträgliche Ereignisse willkürlich geändert werden kann.

Liegt ein vereinbarter Ueberbau vor, so ist er als beiderseits nützlich gewollt, so daß der § 912 BGB. von Anfang an auszuscheiden hat.

Das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 17. Januar 1914 (siehe BayZfR. 1914 S. 181 und LZ. 1914 S. 837) dahingehend, daß zwischen A und B ein Uebereinkommen in dem Sinne als abgeschlossen zu gelten habe, daß mit dem Anbau B Eigentümer des übergebauten Mauerteiles wird und daß dieses Abkommen nicht dem Beurkundungszwang des § 313 BGB. unterliege, ist rechtlich unhaltbar und versagt völlig im Falle der Sondernachfolge. Die übliche Kommunmauervereinbarung zwischen A und B geht vom Standpunkte der Ueberbaulehre nicht dahin, daß B zur Erwerbung der Kommunmauerhälfte verpflichtet ist, sondern daß A zur Ueberlassung verpflichtet ist.

Die Anschauung des OLG. München versagt vollständig, wenn Sondernachfolger des A oder B in Frage kommen, mit denen keine Vereinbarung getroffen ist. Wie stellt man sich ohne Grundbuch-Eintrag (einer Dienstbarkeit) eine bindende Verpflichtung des Sondernachfolgers des A dem B oder dessen Sondernachfolger Y gegenüber vor? Die Ueberbaulehre zwingt folgerichtig zur gegenteiligen Meinung, daß der Erbauer und sein Sondernachfolger zum Abreißen der Mauer dem Sondernachfolger des B gegenüber berechtigt sind.

II. Ist die halbscheidig gebaute Mauer (Kommunmauer) Grenzeinrichtung?

Die Eigentumstrennungslehre ist vom Standpunkte des Gesetzes aus die einzig mögliche. Aber sie würde wirtschaftlich nicht als befriedigende Lösung der Kommunmauerfrage angesehen werden können, wenn A und B als Eigentümer der auf ihren Grundstücken liegenden Mauerhälften über sie frei verfügen (sie niederreißen) könnten. (S. Schmitt in BayZfR. 1914 S. 60 VI).

Im Verhältnis zwischen A und B ist mit Rücksicht auf die vor der Kommunmauererrichtung getroffene Vereinbarung eine solche unbeschränkte Verfügung zwar ausgeschlossen, möglich würde sie aber mit dem Augenblicke des Eintritts einer Sondernachfolge werden. Es bedarf aber keiner Konstruktion, keiner Fiktion und ebensowenig des Mittels der Künste der raffinierten Gesetzesauslegung im Sinne der Aussprüche Steins (LZ. 1914 S. 313), um diese unerwünschte Folge zu beseitigen und zu einem wissenschaftlich sowie wirtschaftlich befriedigendem Ergebnisse zu gelangen, wenn man die Kommunmauer als Grenzeinrichtung behandelt.

Sie ist es nach dem Willen der vertragsschließenden Nachbarn, nach der Verkehrsauffassung, nach ihrer äußeren Gestaltung und nach ihrem Zweck. Sie ist auch hiezu geeignet. Die Frage nach dem Eigentum des übergebauten Mauerteiles löst sich mit der Annahme der Grenzeinrichtung von selbst (s. Staudinger § 921 BGB. Anm. II a: „Jeder Angrenzer gilt als Eigentümer bis zur Grenze. Auf der Grenze als Ideallinie kann nichts mehr stehen").

Am besten ist die Grenzeinrichtungslehre mit lehrreichen geschichtlichen Ausführungen auch in bezug auf das Kommunmauerrecht selbst dargestellt im Sächsischen Archiv, 6 Jahrgang (1911) S. 415 (Urteil des Landgerichts Dresden). Die Begründung dieser Entscheidung bewegt sich in Anlehnung an das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 14. Dez. 1909 Nr. 284/08 nach der Richtung, daß die über die Grenze ge-

baute Giebelmauer zwar nicht ohne weiteres eine den Vorteilen beider Grundstücke dienende Einrichtung im Sinne des § 921 BGB. sei, daß sie sich aber eigne, eine solche zu werden, und es auch tatsächlich werde, wenn der Nachbar anbaue.

Dieser Grundsatz entspricht sicher vollständig der Verkehrsauffassung in den Rechtsgebieten, in denen früher die kommune Bauweise gesetzliche Grundlage hatte oder sonst gang und gäbe war mit der Erweiterung, daß die Verkehrsauffassung die Kommunmauer als Grenzeinrichtung schon im Augenblicke der Erbauung betrachtet. Die Grenzeinrichtungslehre greift auf die ursprünglich allgemein angenommene, dann aber vielfach bekämpfte Vertragslehre (vgl. Staudinger BGB. § 921 Anm. 10 und die dort angeführte Literatur, sowie das vorerwähnte Urteil des Landgerichts Dresden) zurück und wird dem Erfordernis des Schutzes der beiderseitigen Rechtsnachfolger in jeder Beziehung gerecht.

Die Nachbarn gehen bei Errichtung und Genehmigung des Kommunmauerüberbaues von vorneherein davon aus, daß sie unter Belassung der unstreitigen Grenze eine ihnen nützliche Einrichtung und noch dazu eine Grenzeinrichtung schaffen wollen. Ueber den Umstand, daß mit der Kommunmauereinrichtung gleichzeitig eine Grenzeinrichtung geschaffen wird, sprechen sich die Nachbarn ebensowenig aus, als darüber, daß sie eine beiderseits nützliche Einrichtung schaffen wollen. Diese Wirkung wird ebenso als selbstverständlich betrachtet, wie die bedingte Ablösungspflicht, über die gleichfalls keine ausdrückliche Verabredung getroffen zu werden pflegt. A würde andernfalls nicht kommun bauen, B den Ueberbau nicht genehmigen. Daß die Kommunmauer nicht nur dem A zu nützen geeignet und dem B künftighin zu nützen bestimmt ist, sondern als Grenzzeichen sofort zu dienen bestimmt und geeignet ist, ist unschwer beweisbar.

Um einer verschiedentlich geäußerten irrigen Meinung vorweg entgegenzutreten (Ziel, Die gemeinschaftliche Giebelmauer und der Giebelentschädigungsanspruch nach dem BGB. bei Otto Wiegand, Leipzig 1911), ist zu betonen, daß die Grenzeinrichtung nicht als Scheidemerkmal für **Dritte**, sondern nur für die Nachbarn selbst bestimmt sein kann. Andernfalls würde eine Grenzscheidemauer dann keine Grenzeinrichtung sein können, wenn die Grenze nicht mitten durch die Mauer ginge. Das Erfordernis der Halbscheidigkeit für eine Grenzeinrichtung als solche kann weder aus dem Gesetzestext noch aus den Motiven entnommen werden. Die Notwendigkeit der Erkennbarkeit für **Dritte** (vom Standpunkte des Parteiwillens aus) kann in überzeugender Weise nicht dargetan werden. Es müßten sonst Grenzeinrichtungen an nicht zugänglichen oder für Dritte unsichtbaren Stellen ihre Eigenschaft verlieren. Nicht einmal die Sichtbarkeit der Grenzlinie für die Nachbarn selbst ist eine notwendige Eigenschaft der Grenzmauer, denn in vielen Fällen ist die Grenzlinie an Stirn- und Rückseite durch Quermauern verbaut und daher für jedermann unsichtbar. In allen solchen Fällen ist die Grenze nach der Vertikalrichtung nur durch Messung in horizontaler Richtung festzustellen. Eine unmittelbare Feststellung der Grenzlinie ist bei undurchsichtigen Grenzzeichen physisch, abgesehen von der Scheitellinie, ausgeschlossen, wenn es sich um eine Mauer handelt. Die Kommunmauer wird durch den Willen der Beteiligten Grenzeinrichtung, und zwar in ihrer Mitte, weil die halbscheidige Bauweise vereinbart ist. Genau diese Mitte soll die Grenze anzeigen und damit den tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsbereich eines jeden Nachbarn bezeichnen. Die Kommunmauer ist auch geeignet als Grenzfeststellungszeichen (durch Messung zur Mitte) zu dienen, ebenso, wie beispielsweise die halbscheidig gebaute Gartengrenzmauer, welche innerhalb eines Mauervierecks zwei Gärten voneinander trennt.

Gleichgültig muß nach dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes auch sein, ob durch die Mauer der Bauplatz des B von einem Hause des A oder von einem Teich oder einer sonstigen Anlage geschieden wird. Gleichartigkeit der beiderseitigen Diensamkeit ist nach § 921 BGB. nicht erfordert.

Daß das Hauptaugenmerk des Nachbarn beim Kommunbau auf künftige wirtschaftliche Vorteile gerichtet ist, nämlich auf Ersparung von Baukosten und auf beiderseitige Raumgewinnung, schließt keineswegs die Bestimmung der Kommunmauer aus, als Grenzeinrichtung zu dienen. Es ist kein im Gesetz begründetes Erfordernis der Grenzeinrichtung, daß sie allein oder hauptsächlich als Grenzeinrichtung zu dienen bestimmt oder geeignet ist. Alle nur denkbaren Haupt- und Sonderzwecke kann die Grenzeinrichtung verfolgen. Der Zweck der Mauer als Grenzeinrichtung zu dienen, kann der letzte und nebensächlichste, ja nur ganz zufällig mitgewollte Zweck sein und doch ist die Mauer eine Grenzeinrichtung. Man denke an eine auf die Grenze gesetzte Mauer, die in erster Linie bestimmt ist, ein Freskogemälde als ästhetischen Abschluß für eine Parkanlage zu tragen oder eine Hecke, die niemals gepflanzt worden wäre, wenn nicht die Nachbarn sich gegenseitig den Einblick in ihre Grundstücke hätten verwehren wollen. Bei der Kommunmauer ist, abgesehen von dem Vorgesagten, die Bestimmung, als Grenzeinrichtung zu dienen, nicht einmal nebensächlich, sondern neben der Nützlichkeit mitgewollter Hauptzweck.

Das ergibt sich gerade aus der Tatsache des halbscheidigen Mauerbaues, weil die halbscheidig gebaute Mauer als Zeichen des Grenzbereiches und der Verfügungsgewalt eines jeden Nachbars nicht nur horizontal der Bodenfläche, sondern der ganzen Höhe nach als Scheidung z. B. anliegender Wohnräume zu dienen bestimmt ist.

Die einen gegenteiligen Standpunkt einnehmende Entscheidung des RG. in RGZ. 70, 204 entspringt einer formalistischen weder dem Parteiwillen noch den praktischen Verkehrsbedürfnissen Rechnung tragenden Gesetzesauslegung.

(Schluß folgt.)

Straferlaß und Strafmilderung im Dienststrafverfahren des bayerischen Beamtengesetzes.

Von Oberpostinspektor **Kerzendorfer** in Regensburg.

1. Das bayerische Beamtengesetz vom 16. August 1908 behandelt in den Art. 105 mit 169 das Dienststrafverfahren. In diesen Vorschriften ist nirgends davon die Rede, daß eine rechtskräftige Dienststrafe gemildert oder erlassen werden kann. Nur im Art. 110 ist die Gewährung eines Unterhaltsbeitrags an einen entlassenen Beamten oder an seine Familie oder seine Hinterbliebenen königlicher Entschließung vorbehalten. Dabei soll der Unterhaltsbeitrag die Hälfte des Betrages nicht überschreiten, den der Beamte oder seine Hinterbliebenen als Ruhegehalt, Witwen- oder Waisengeld zu beanspruchen hätten, wenn der Beamte im Zeitpunkte der Dienstentlassung in den Ruhestand getreten oder gestorben wäre. Aus dem Fehlen weiterer Bestimmungen darf man aber nicht den Schluß ziehen, daß alle rechtskräftigen Dienststrafen auch vollzogen werden müßten und für einen Gnadenakt des Königs kein Raum wäre.

2. Das Dienststrafrecht ist das Recht des Staates, die Beamten wegen Verletzung ihrer Amtspflichten zu bestrafen. Es beruht auf dem Dienstverhältnis des Beamten zum Staat. Nicht als Inhaber der öffentlichen Zwangsgewalt, sondern als Inhaber der Dienstgewalt kann der Staat gegen die Beamten einschreiten, die ihre Dienstpflichten verletzen. Eine Verpflichtung zum Einschreiten besteht nicht. Das Dienststrafrecht ist nicht eine Ergänzung des allgemeinen Strafrechts. Strafrechtspflege und Beamtendisziplin sind nach den Motiven zum BG. (Verh. d. Abg. 1907/08 Beil. III S. 109 zu Art. 115) völlig selbständige Gebiete, die begrifflich in keinem inneren Zusammenhang stehen. Von diesem Grundsatz ist nur in zwei Fällen — aus Zweckmäßigkeitsgründen — abgegangen worden. Art. 115 BG. bestimmt, daß ein Dienststrafverfahren wegen eines Dienstvergehens weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf, wenn der Staatsanwalt wegen der nämlichen Tatsachen in einem strafrechtlichen Verfahren die öffentliche Klage erhoben hat oder wenn in einem militärgerichtlichen Verfahren die Anklage verfügt worden ist. Art. 116 des BG. schreibt vor, daß im Falle einer Freisprechung durch die Strafgerichte ein Dienststrafverfahren nur insoferne stattfinden darf, als die Tatsachen an sich und ohne ihre Beziehung zu dem gesetzlichen Tatbestande der strafbaren Handlung, auf die das Strafverfahren sich erstreckte, ein Dienstvergehen enthalten.

Diese aus Zweckmäßigkeitsgründen getroffenen Anordnungen ändern an dem oben dargelegten Verhältnis des Dienststrafrechts zum Strafrechte nichts. Es ist hier nicht der Ort, näher auf die rechtliche Natur der Dienststrafe und des Dienststrafverfahrens einzugehen. Die hier wiedergegebene Anschauung vertritt Laband (Staatsrecht des Deutschen Reichs 1912 Bd. I S. 484), Reindl (Kommentar z. bayer. Beamtengesetz 1911 S. 505), Woerner (Das Disziplinarverfahren in Bayern 1910 S. 12). Anderer Meinung ist Piloty (Seydel-Piloty Bayerisches Staatsrecht 1913 Bd. I S. 788). Nach ihm ist es irrig, das Dienststrafrecht als Ausfluß der Dienstgewalt zu betrachten. Denn in diesem Falle müßten die Dienststrafen stets vom Vorgesetzten verhängt werden, nicht aber, wie im bayerischen Beamtengesetz, teilweise von den Disziplinargerichten. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig; denn er berücksichtigt nicht den Entwicklungsgang des bayerischen Disziplinarstrafverfahrens. Vor Erlassung von Gesetzen dienststrafrechtlichen Inhalts, insbesondere vor Erlassung der Staatsdienerpragmatik vom 1. Januar 1805 übte der Staat die Dienstgewalt völlig uneingeschränkt aus. Der Beamte, der jederzeit entlassen werden konnte, mußte sich jeder Strafe fügen. Im Laufe der Zeit hat der Staat den zeitgemäßen Anschauungen Rechnung getragen und sich in der Ausübung der Dienstgewalt selbst gesetzliche Schranken gezogen, insbesondere im Beamtengesetz die Verhängung schwererer Strafen über unwiderrufliche Beamte eigenen Gerichten, den Disziplinargerichten, übertragen. Die Grundlage auch dieser gesetzlichen Bestimmungen blieb — wie sich aus dem Gesetz ergibt — die aus dem Dienstverhältnis entspringende Dienstgewalt. Nach wie vor haben die den Beamten vorgesetzten Behörden die Entscheidung, ob sie wegen eines Dienstvergehens die Einleitung des Dienststrafverfahrens beantragen wollen und damit das Disziplinargericht in Tätigkeit setzen wollen. Ebenso kann die Behörde — bis zur Erlassung des Urteils der Disziplinarkammer — den Antrag zurücknehmen, worauf das Verfahren einzustellen ist. Am deutlichsten aber ergibt sich das Dienststrafrecht als Ausfluß der Dienstgewalt aus der Bestimmung des Art. 114 BG. Hiernach ist das Dienststrafverfahren einzustellen, wenn der Beschuldigte um Entlassung aus dem Staatsdienst unter Verzicht auf Titel und Dienstabzeichen, sowie auf Diensteinkommen, Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung nachsucht. Also schon bei einseitiger Aufkündigung des Amtes durch den Beamten verzichtet der Staat auf die Weiterverfolgung eines Disziplinarverfahrens. Anderer Meinung ist Reindl

(a. a. O. S. 538). Er verlangt als Voraussetzung der Einstellung des Verfahrens die Entlassung des Beamten, also die Genehmigung des Entlassungsgesuches. Gegen diese Ansicht spricht vor allem der Wortlaut des Gesetzes. Art. 114 richtet sich an das Disziplinargericht. Er setzt die Bedingungen fest, unter denen das Gericht, ohne weiteren Antrag der Behörde, das Verfahren einstellen muß. Ob und wann die dem Beamten vorgesetzte Behörde dem Entlassungsgesuch stattgeben muß, sagt Art. 10. Im übrigen ist die Streitfrage von keiner großen Bedeutung; denn die Einstellung des Verfahrens ist auf das Entlassungsgesuch nur zu verfügen, wenn die Bedingungen für die sofortige Genehmigung des Entlassungsgesuches gegeben sind. Es fallen also wohl in den meisten Fällen die Genehmigung des Entlassungsgesuches durch die vorgesetzte Behörde und die Einstellung des Verfahrens durch das Disziplinargericht zeitlich zusammen.

3. Sind die Urteile der Disziplinargerichte rechtskräftig, dann müssen sie von den zuständigen Verwaltungsbehörden vollzogen werden (BG. Art. 163). Da aber die Urteile keinerlei Zeitbestimmung darüber enthalten, wie lange ihre Folgen bestehen sollen, so können die Behörden den Bestraften wieder befördern, ihn wieder auf seine frühere Amtsstelle zurückversetzen, einen Entlassenen wieder aufnehmen. Diese Verfügungen sind keine Gnadenverfügungen der Verwaltungsbehörden, sie dürfen deshalb vorgenommen werden, weil sie durch das Gesetz nicht ausdrücklich verboten sind und weil durch den Vollzug der Strafe die Strafmacht für den einzelnen Fall aufgebraucht ist und die Verwaltungsbehörde dem Beamten gegenüber wieder ihre uneingeschränkte Verfügungsgewalt erhält. Die Behörden werden aber aus Gründen der Dienstzucht solche Verfügungen nicht alsbald nach Erlassung der Urteile treffen. Sind diese Urteile doch auf ihren Antrag hin erlassen worden. Reindl (a. a. O. S. 521) ist der Ansicht, daß die spätere Wiederanstellung eines infolge Disziplinarurteils aus dem Dienste entlassenen Beamten nicht ausgeschlossen ist, aber doch „wohl" nur auf Grund eines Begnadigungsaktes des Königs erfolgen könne, da sonst die kraft Gesetzes eintretende Wirkung des Disziplinarurteils, nämlich die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis, durch einen Anstellungsakt einer zur Anstellung an sich zuständigen Dienstbehörde wieder beseitigt werden könne. Bei Beförderung eines vorher durch Urteil in eine niedrigere Dienstklasse versetzten Beamten scheint er dies nicht zu verlangen (a. a. O. S. 201, 197). Diese verschiedene Art der Behandlung der beiden rechtlich gleichen Fälle ist nicht begründet. Ich halte hier, wie ich bereits ausgeführt habe, einen Gnadenakt des Königs nicht für notwendig. Selbstverständlich ist, daß ein Beamter, dem die bürgerlichen Ehrenrechte oder die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter aberkannt wurde, erst nach Ablauf der Zeitdauer der Ehrenstrafe oder nach einer Begnadigung durch den König wieder angestellt werden kann.

4. Können so die Wirkungen der Dienststrafen durch Maßnahmen der Verwaltungsbehörden aufgehoben werden, so kann auch der Vollzug der Urteile durch königliche Entschließung gemildert oder erlassen werden. In Art. 110 Abs. 3 BG. ist, wie ich schon im Anfang meiner Ausführungen erwähnte, von der Möglichkeit gesprochen, daß durch königliche Entschließung einem entlassenen Beamten oder seiner Familie ein Unterhaltsbeitrag bewilligt werden kann. In dieser Bestimmung soll nicht etwa das Recht des Königs begründet werden, die Disziplinargerichtsstrafen zu mildern. Es wird hier nur erwähnt, um es zu beschränken, wenn in dieser „Sollvorschrift" überhaupt eine Beschränkung der königlichen Gewalt erblickt werden kann. Das Recht des Königs, die Disziplinargerichtsstrafen zu mildern oder aufzuheben, ist begründet in der dem Staatsoberhaupt zustehenden Dienstgewalt. Daran ist durch das Beamtengesetz nichts geändert worden. Die Aufgabe dieses Rechtes müßte im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen worden sein. Dieses Recht ist kein Teil des dem König sonst zustehenden Begnadigungsrechtes. Denn unter Begnadigung versteht man nach allgemeiner Ansicht die Beseitigung der Rechtsfolgen einer Straftat durch Verfügung der Staatsgewalt. Da es sich aber beim Dienststrafrecht nicht um das allgemeine Strafrecht handelt, darf man nicht das dem König zustehende Begnadigungsrecht im Strafverfahren ohne weiteres auf das Dienststrafrecht übertragen. Reindl vertritt (a. a. O. S. 684 Bem. 4, S. 581 Anm. 3 und 4) die Meinung, daß der König das Recht der Begnadigung im Disziplinarstrafverfahren gemäß Tit. VIII § 4 der Verfassungsurkunde habe. Denn nach dieser Verfassungsbestimmung könne der König in „strafrechtlichen Sachen" Gnade erteilen, die Strafe mildern oder erlassen. Daß hier unter „strafrechtlichen" Sachen auch disziplinarstrafrechtliche Sachen zu verstehen seien, könne um so weniger einem Zweifel unterliegen, als auch in Art. XII des Ministerverantwortlichkeitsgesetzes vom 4. Juni 1848 ausdrücklich gesagt sei, daß der König bezüglich der in Art. IX dieses Gesetzes vorgesehenen Strafen von dem Rechte der Begnadigung keinen Gebrauch machen werde. Diese Ansicht widerspricht einmal der auch von Reindl vertretenen Lehre, daß Dienststrafrecht und Strafrecht nichts miteinander zu tun haben. Noch weniger zwingt zu dieser Ansicht der Umstand, daß im Ministerverantwortlichkeitsgesetze von Begnadigung die Rede ist. Denn zur Zeit der Erlassung des Gesetzes im Jahre 1848 war das Disziplinarrecht vom Kriminalrecht noch nicht so scharf getrennt wie heute (siehe Staatsdieneredikt). Zudem ist es sehr wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber des Jahres 1848 das Ministerverantwortlichkeitsgesetz für ein Gesetz straf-

rechtlicher Natur hielt und deshalb mit dem Begriff der Begnadigung arbeitete.

5. Es bleibt nun noch die Frage zu erörtern, ob die Verwaltungsbehörden rechtskräftige Ordnungsstrafen erlassen können. Darüber besteht kein Zweifel, daß jede Behörde eine Ordnungsstrafverfügung, die sich als gänzlich unbegründet herausstellt, auch nach der Rechtskraft und nach dem Vollzug wie jede andere Verfügung wieder aufheben kann, es müßte denn sein, daß bei einer Geldstrafe die Behörde mit Rücksicht auf die Einzahlung an die hiezu bestimmte Kasse zur Rückzahlung der Geldstrafe nicht zuständig wäre.

Dagegen sind die Behörden nicht zuständig, Ordnungsstrafen im Wege der Gnade zu erlassen. Hiezu fehlt ihnen die gesetzliche Ermächtigung.

Beitreibung von Wechselforderungen.

Von Dr. Albert Bittinger, Landgerichtsrat in München.

Als ein Mittel zur rascheren und billigeren Beitreibung hat man die Vollstreckbarkeit protestierter Wechsel vorgeschlagen. Mit Recht hat man eingewendet, daß von vorneherein nur solche protestierte Wechsel in Betracht kommen könnten, bei denen die Echtheit der Unterschrift des Wechselschuldners feststeht, also wohl durch sein Anerkenntnis beim Protest. Es wäre sonst in der Tat die Verlockung für Wechselfälscher und die Gefahr für jedermann allzu groß.

Daß unser Verfahren zur Feststellung und Beitreibung von Ansprüchen im allgemeinen der Vereinfachung und Beschleunigung bedarf, wird nicht leicht in Abrede gestellt werden; bedarf aber gerade der Wechselanspruch im Verhältnis zu anderen noch einer weiteren Beschleunigung über das Maß des geltenden Rechtes hinaus? Soll seine Bevorzugung noch weiter entwickelt werden?

Bei einer großen Menge von Wechseln und gerade von Wechseln über hohe Beträge scheint dieses Bedürfnis recht fraglich. Das ist die Flut von Wechseln, die im Verkehr der großen Unternehmen und der Banken, besonders auch im internationalen Verkehr, fortwährend geräuschlos unterwegs ist. Die Protestierung eines solchen Wechsels ist verhältnismäßig selten, noch seltener die gerichtliche Geltendmachung. Wenn nicht außergewöhnliche Ereignisse die gesamte Geschäftslage oder eine einzelne Firma betreffen, so verläuft alles glatt; in Anbetracht möglicher Krisen eine noch schärfere Ordnung einzuführen, als sie ohnedies zu Gebote steht, wird kaum im Interesse dieser Kreise liegen.

Eine andere Gruppe von Wechseln, welche die Gerichte zahlen- und auch verhältnismäßig weit häufiger beschäftigen, sind die Kundenwechsel, entweder solche, die vom Grossisten auf seinen Abnehmer gezogen und, manchmal als einfache Tratten, in den Verkehr gebracht werden, oder solche, die der Abnehmer auf seine eigenen Kunden gezogen und seinem Grossisten in Zahlung gegeben hat. Wenn solche Wechsel Not leiden, so wird die bewährte Unterscheidung zu machen sein zwischen Schuldnern, die wohl zahlen möchten, es aber nicht auf der Stelle — der häufigere Fall — oder überhaupt nicht können, und Schuldnern, die nicht zahlen wollen. Bei den ersteren, die freilich gutwillig die Echtheit ihres Akzeptes beim Protest anerkennen würden, würde der vernünftige Gläubiger auch mit der Vollstreckbarkeit des protestierten Wechsels nur an Kosten sparen; auf den kleinen Zeitunterschied kann es da kaum ankommen, wenn man bedenkt, daß bei gutem Willen die Wechselklage schon vorbereitet sein und dem Gericht vorgelegt werden kann unmittelbar nach der Feststellung, daß der Wechsel vergeblich präsentiert worden ist. Darüber ließe sich allerdings reden, ob nicht die Einlassungsfristen zum Teil noch kürzer bemessen werden könnten als in § 604 ZPO.

Der böswillige Wechselschuldner, dem es um Schikane oder Verschleppung zu tun ist, würde es schleunig lernen, bei der Protesterhebung nicht anwesend zu sein, so daß er eine ausdrückliche Erklärung über die Echtheit seines Akzeptes nicht abzugeben bräuchte, oder die Echtheit zunächst einmal zu bestreiten. Da, wo die Vollstreckbarkeit des protestierten Wechsels am wichtigsten wäre, würde sie zumeist versagen.

Was die Wechsel über mehr als 600 *M* anlangt, so zeigt sich hier besonders deutlich, wie wenig der unbedingte Anwaltszwang am Platz ist. Bei der Mehrzahl aller Wechselsachen spricht für ihn nur die eine Erwägung, daß, ähnlich wie bei der Mehrzahl der Beleidigungsklagen, die verhältnismäßig gute Honorierung des Anwalts für durchschnittlich sehr leichte Arbeit einen Ausgleich schafft gegenüber solchen Sachen, bei denen Arbeit und Honorar sich umgekehrt verhalten. Wer aber von Wechseln überhaupt etwas versteht, und nur solche Leute sollten Wechsel unterschreiben, der kann auch ein gedrucktes Wechselklage-Formular richtig ausfüllen und in der Sitzung den richtigen Antrag stellen; wenn ausnahmsweise die Sache kontradiktorisch und obendrein schwierig wird, ist immer noch Zeit für das Auftreten des Anwalts. Und wiederum an den zahllosen Versäumnisurteilen in Wechselsachen wird besonders deutlich, wie unnötig es ist, daß Antrag und Entscheidung in öffentlicher Sitzung,[1] „auf Grund mündlicher Verhandlung“ vor sich gehen und daß die häufigen geringfügigen Zuvielforderungen an Zinsen

[1] Die Geschäftswelt freilich kümmert sich sehr darum, gegen welche Firmen Versäumnisurteile, und gerade in Wechselsachen, ergehen.



und Spesen — oft nur Pfennigbeträge, aber eben doch ungerechtfertigt — nur durch ein kontradiktorisches Teilurteil erledigt werden können, wenn einmal die übliche Verständigung zwischen Gericht und Anwalt nicht zuwege gebracht werden sollte.

Die Praxis gibt übrigens dem Wechselgläubiger ein schneidiges Mittel an die Hand, indem sie aus dem Wechsel die Klage nach § 257 ZPO. zuläßt; ein gewisses Widerstreben ist hier freilich nicht unbegründet, denn der Wechsel ist regelmäßig zum Umlauf bestimmt und nichts steht im Weg, daß der Inhaber ihn nach erwirktem Urteil immer noch in den Verkehr bringt; der noch so zahlungsfähige und zahlungswillige Wechselschuldner aber ist unbedingt genötigt, den Verhandlungstermin wahrzunehmen, wenn er nicht kostenfällig werden will. Dem Geschäftsmann allerdings ist es insbesondere dann nicht zu verdenken, wenn er von § 257 ZPO. diesen Gebrauch macht und nicht erst auf § 259 zurückgreift, wenn er, wie so oft, auf seinen Abnehmer eine Reihe von nach und nach fälligen Wechseln gezogen hat und schon einer der ersten Not leidet.

Eine weitere Gruppe bilden diejenigen Wechsel, bei denen die Wechselverpflichtung nicht im regelmäßigen Geschäftsbetrieb des Schuldners, sondern gelegentlich übernommen ist. Diese Gruppe liefert den größten Teil der kontradiktorischen Wechselprozesse und hieher gehören besonders die Wechselforderungen der Geldgeber bei Darlehens- und ähnlichen Geschäften, der Erteiler von Lizenzen, der Besteller von Generalvertretungen. Der wahre Herr des Geschäftes erscheint hier oft nicht als Trassant, sondern als Indossant und oft klagt er nicht selbst, sondern ein Strohmann für ihn. Leute, die sich nur mit Vor- und Zunamen bezeichnen, und dies weder aus Stolz noch aus Bescheidenheit, „Kaufleute" ohne Firma und ohne Geschäftsräume, „Hausbesitzersehegattinnen", „Privatiers" sind oft die Kläger, Besitzer überschuldeter Häuser, alte Dienstboten, Offiziere a. D., allerlei Künstler, Kaufleute ohne Firma und Geschäft, allerhand Ehefrauen und Söhne sind oft die Beklagten. Die Einrede geht zumeist gegen das Kausalgeschäft und häufig ist sie begründet. Aber auch Fälschungen spielen nicht ganzen selten herein. Solche Prozesse bedürfen gewiß keiner größeren Beschleunigung als sie im großen und ganzen schon das geltende Recht ermöglicht. Wohl aber bedürfen sie des gerade hier oft unbeliebten persönlichen Erscheinens der Parteien, vor allem zur Vermeidung des zugeschobenen Eides. (Immer wieder wird unzulässigerweise der Eid schlechtweg darüber zugeschoben, „daß der Beklagte die Unterschrift auch nicht genehmigt hat", vgl. ROLG. VII 394.) Wenn sich die Parteien aus freien Stücken schon zum ersten Termin einfinden, ist da viel Zeit und Umständlichkeit zu sparen. Wie gefährlich aber gerade hier die Vollstreckung schon aus dem protestierten Wechsel wäre, springt in die Augen.

Bei solchen Prozessen wirft gelegentlich ein Handelsrichter die Frage auf, ob diese Leute nicht besser der Wechselfähigkeit entbehren würden. Nun besteht keine Aussicht, daß die Wechselgesetzgebung in dieser Richtung rückwärts geändert werden könnte; die bewußte öffentliche Meinung würde wunder glauben, welche Entrechtung des steuerzahlenden Volkes da wieder im Werk sei. In der Tat aber kann der dem Unerfahrenen so gefährliche Wechsel außerhalb des sich kaufmännisch abspielenden Verkehrs kein Bedürfnis sein. Der Scheck, das schriftliche Schuldanerkenntnis, die vollstreckbare Notariatsurkunde wären insoweit ein besserer Ersatz. Nicht einmal der herkömmliche Solawechsel bei der genossenschaftlichen Kreditgewährung dürfte notwendig sein.

Also Vereinfachung und Beschleunigung auch für Wechselsachen wie überhaupt, nicht aber auf dem Weg der Vollstreckbarkeit des protestierten Wechsels![*])

Kleine Mitteilungen.

Zulässigkeit der Widerklage trotz Unzulässigkeit der Aufrechnung? Nicht selten wird im Prozeß vom Beklagten gegenüber einer Forderung, die er an sich nicht bestreitet, im Weg der Widerklage eine Gegenforderung in gleicher Höhe geltend gemacht, weil einer Aufrechnung Gesetz oder Vertrag entgegensteht. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Widerklage als unzulässig, da sie nichts anderes als eine Umgehung des gesetzlichen oder vereinbarten Ausschlusses der Aufrechnung ist.

1. Grundsätzlich ist zu verneinen, daß dem Beklagten die Rechtsbehelfe der Aufrechnung und der Widerklage wahlweise nebeneinander zustehen.

Es ist davon auszugehen, daß beide rechtsbegrifflich vollkommen verschieden sind.[1]) Die Aufrechnung ist ein Verteidigungsmittel, sie ist darauf gerichtet, die klagsweise geltend gemachte Forderung als erloschen ansehen zu lassen (§ 389 BGB.), den Klaganspruch zu verneinen. Die Widerklage ist eine selbständige, lediglich zum Zweck gemeinsamer Verhandlung mit der Klage verbundene Klage, sie macht neben dem Klaganspruch einen anderen Anspruch in umgekehrter Richtung geltend.[2])

---

[*]) Bei diesem Anlasse sei folgende Beobachtung mitzuteilen gestattet. Es kommt vor, daß eine Bank einen von ihr diskontierten Wechsel an eine Reihe ihrer Filialen weitergibt, daß die letzte Filiale protestieren läßt und nun beim Regreß dem Vormann der Bank Provisionen auch wegen der Indossamente an die Filialen berechnet werden. Offenbar zu Unrecht, denn ein Regreß ist nur unter verschiedenen Rechtssubjekten möglich; für einfache Verrechnungen unter Filialen desselben Handelsgeschäftes fällt die Provision nach Art. 57³ WO. nicht an.

[1]) Gaupp-Stein 10. Aufl. Anm. VI 3a zu § 145.

[2]) a. a. O. Anm. I zu § 33, VI 1 zu § 145.

Wie der Begriff, so sind auch die Voraussetzungen beider prozessualer Vorgänge völlig verschieden. Die Voraussetzungen der Aufrechnung richten sich, auch wenn sie im Prozeß erklärt wird, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts;[3]) § 387 BGB. fordert nur Gleichartigkeit der Leistungen dem Gegenstand nach, nicht rechtlichen Zusammenhang (Konnexität) zwischen ihnen.[4]) Dagegen stellt das Gesetz für die Widerklage das Erfordernis des Zusammenhangs auf.[5])

Dieser Unterschied findet seine innere Berechtigung darin, daß Aufrechnung und Widerklage, auf ein anderes Ziel gerichtet, eine andere Wirkung hervorbringen. Erweist sich die Aufrechnung als begründet, so wird die Klage abgewiesen; dringt die Widerklage durch, so wird der Kläger im Urteilssatze ausdrücklich zur Leistung verurteilt.[6]) Die Voraussetzungen für das Verteidigungsmittel sind leichter als die des Angriffsmittels.

Da die Aufrechnung sich nur dem Klaganspruch entgegenstellt, so kann sie sich — von der vorsorglichen Aufrechnung abgesehen — nur richten gegen den im übrigen nicht bestrittenen Anspruch bis zu dem Betrag, der klagsweise begehrt wird. Soweit sie zulässig ist, schließt sie die Widerklage aus; denn für diese fehlt dem Beklagten das Rechtsschutzbedürfnis.[7]) Widerklage kann also, sofern die prozessualen Voraussetzungen überhaupt gegeben sind, erhoben werden a) gegenüber einer an sich bestrittenen Klagforderung ohne Rücksicht auf deren Höhe, b) gegenüber einer an sich nicht bestrittenen Klagforderung, insoweit die Gegenforderung diese übersteigt. Erweist sich im Fall a) auch die Klage als begründet, so ist die Widerklage insoweit als vorsorgliche Aufrechnung aufzufassen, da, wie noch zu erörtern sein wird, eine Geldleistung Zug um Zug nur als Aufrechnung in Erscheinung treten kann.

Aufrechnung und Widerklage schließen sich also grundsätzlich aus.

2. Da die Unzulässigkeit der Widerklage an Stelle der Aufrechnung daraus gefolgert ist, daß für jene neben dieser weder Raum noch Bedürfnis sei, so fragt es sich, ob nicht das Gegenteil für den Fall gelten müsse, daß die Aufrechnung selbst gegenüber der klagsweise geltend gemachten Forderung unzulässig ist. Bei Bejahung dieser Frage würde also an Stelle der unzulässigen Aufrechnung die Widerklage treten, und zwar entgegen dem entwickelten Grundsatz gegenüber dem an sich nicht bestrittenen Anspruch des Klägers in dessen Betrag.

a) Keine Unzuträglichkeiten würden für die sachliche Entscheidung dann erwachsen, wenn die Widerklage sich als unbegründet erweist; denn ob die Klage nun gerechtfertigt ist oder nicht, keinesfalls wird die Entscheidung über sie von der nicht begründeten Widerklage beeinflußt.

[3]) a. a. O. Anm. VI 1 zu § 145.

[4]) RGRKomm. Anm. 6 zu § 387; Staudinger 5./6. Aufl. Anm. I 2 d, IV zu § 387; Planck 3. Aufl. Anm. 1 c zu § 387; Oertmann 2. Aufl. Anm. 2 zu § 387.

[5]) § 33 ZPO., vgl. Warneyer Rspr. 1908 S. 440 Nr. 550, 1910 S. 498 Nr. 473, 1911 S. 108 Nr. 99. A. M. Gaupp-Stein Anm. II zu § 33, der RGZ. 46, 426 und 51, 322 m. E. zu unrecht für seine Ansicht in Anspruch nimmt; ebensowenig steht Warneyer 1908 S. 541 Nr. 662 entgegen.

[6]) Gaupp-Stein Anm. I zu § 33, VI 1 zu § 145.

[7]) a. a. O. Anm. I zu § 33; Warneyer 1908 S. 440 Nr. 550.

b) Wird aber der Widerklage stattgegeben, so wäre zunächst der Fall denkbar, daß die Klage, hinsichtlich deren der zugrunde liegende Sachverhalt zwar nicht bestritten, aber auch kein formelles Anerkenntnis abgegeben worden ist, abgewiesen werden müßte. Da ein bloßes Anerkenntnis (§ 307 ZPO.), das den Richter im allgemeinen[8]) der rechtlichen Beurteilung enthebt, nicht vorliegt, sondern nur ein stillschweigendes oder ausdrückliches Geständnis (§§ 138, 288 ZPO.), so kann der Richter aus Rechtsgründen, deren sich der Beklagte gar nicht bewußt gewesen ist,[9]) dazu gelangen, die Klage nicht für begründet zu erachten. Jura novit curia.[10])

Wenn nun andernteils die Widerklage dem Gericht tatsächlich und rechtlich begründet erscheint, so wird die Klage abgewiesen, der Widerklage stattgegeben. Damit wird dem Beklagten und Widerkläger, der ja nur den Klaganspruch abwehren will, etwas zugesprochen, was er gar nicht begehrt hat, und so gegen den Grundsatz der Verhandlungsmaxime — ne eat judex ultra petita partium — verstoßen (§ 308 ZPO.).

c) Ferner zeigt sich im regelmäßigen Fall der Begründung beider Klagen die Unzulässigkeit der Widerklage. Wenn dasselbe Urteil in Ziff. I dem Kläger eine bestimmte Summe zuspricht und in Ziff. II dem Beklagten einen gleich hohen Anspruch gegen den Kläger gewährt, so ist damit im Erfolg eine Forderung der andern zum Zweck der Aufrechnung gegenübergestellt. Geldleistungen Zug um Zug können nur den Sinn einer Aufrechnung haben.[11])

Die Widerklage fällt also, ungeachtet ihrer Bezeichnung, gar nicht unter diesen Begriff, sie ist in Wirklichkeit Aufrechnung, da im Sinne des § 388 BGB. erklärt ist, daß der Beklagte dem Kläger nichts mehr schuldig sein wolle.[12])

3. Eine abweichende Auffassung müßte auch zu Ergebnissen gelangen, die unmöglich zutreffend sein können.

Dies gilt zunächst von der Entscheidung in der Hauptsache, und zwar sowohl für den Ausschluß der Aufrechnung durch Vertrag als für den infolge gesetzlichen Verbots.

a) Eine Vereinbarung über den Ausschluß der Aufrechnung kann zweifellos rechtswirksam getroffen werden.[13]) Da der Erfolg einer Widerklage derselbe wäre, den ohne den Vertrag die Aufrechnung erzielen würde, so könnte der Beklagte den gültigen Vertrag durch eine prozessuale Maßnahme der Wirksamkeit berauben. Wer auf Aufrechnung verzichtet hat, braucht sich nur auf die Summe, die er auch nach seiner eignen Ansicht schuldig ist, verklagen zu lassen, und er ist praktisch seines Aufrechnungsverzichts ledig. Es könnte also allein die Tatsache eines Rechtsstreits einen wirksamen Vertrag aus der Welt schaffen.

[8]) Vgl. Gaupp-Stein III zu § 307; auch RGZ. 63, 190.

[9]) Wienstein, BayZfR. 1912 S. 34.

[10]) Gaupp-Stein Vorbem. II 4 vor § 128; Anm. III 3 zu § 253; III zu § 368; II 1a zu § 288; Oertmann, ZPRecht § 2 S. 6; vgl. von der Pfordten, BayZfR. 1911 S. 473; Krafft, BayZfR. 1912 S. 59.

[11]) Warneyer Rspr. 1908 S. 440 Nr. 550.

[12]) RGZ. 59, 211; Gaupp-Stein Anm. I zu § 33.

[13]) RGRKomm. Anm. 1 zu § 387; Staudinger Anm. II zu § 387; Vorbem. 1 vor § 393; Planck Anm. 3 zu § 387; Oertmann 2. Aufl. Vorbem. 2 vor § 387.

b) Nicht anders verhält es sich mit dem vom Reichsgericht in der Entscheidung vom 24. April 1908[14]) unentschieden gelassenen Fall, daß ein gesetzliches Verbot (§§ 390 ff. BGB.; §§ 221, 320 HGB.; § 19 GmbHG.; § 22 GenG.; § 26 Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901) der Aufrechnung entgegensteht. Es würde bedeutungslos werden in dem Augenblick, da es im Rechtsstreit zur Geltung kommen sollte.

4. Auch abgesehen von der Entscheidung in der Hauptsache würde die Zulassung der Widerklage in diesen Fällen Unstimmigkeiten ergeben.

a) Gemäß § 5 ZPO. findet bei Bewertung des Streitgegenstands eine Zusammenrechnung der Klage und Widerklage nicht statt. Das gilt aber nicht hinsichtlich der Gebühren. Sofern beide Klagen nicht denselben Streitgegenstand betreffen, werden für die Gebührenbewertung beide Klagen zusammengerechnet (§ 11 GKG., § 10 GO. f. RA.).[15]) Gerichts- und Anwaltsgebühren müßten sonach bei Gegenüberstellung einer gleich hohen Gegenforderung durch Widerklage aus einer doppelt so hohen Summe berechnet werden als im Fall der Aufrechnung.

b) Der gleiche Grundsatz der Zusammenrechnung der Höhe der Klage und Widerklage gilt für die Revisionssumme.[16]) Würde sonach einem den Betrag von nur 2000 *M* übersteigenden Klaganspruch eine gleich hohe Gegenforderung gegenübergestellt, so könnte der Prozeß in die Revisionsinstanz kommen, sofern eine Partei durch die Entscheidung hinsichtlich der Klage und der Widerklage beschwert ist. Dies wird aber nicht nur in dem obenerörterten seltenen Fall, daß die Klage, deren Tatbestand nicht bestritten ist, abgewiesen und der Widerklage stattgegeben wird, praktisch werden können, sondern vor allem auch dann, wenn der Beklagte unter Abweisung der Widerklage verurteilt wird.

Auch hier zeigt sich sonach die Wirkung, daß eine prozessuale, ins Belieben einer Partei gestellte Maßnahme eine zwingende gesetzliche Vorschrift umgehen könnte.

c) Endlich führt auch die Kostenentscheidung die Unrichtigkeit der abweichenden Auffassung vor Augen, da hier die Widerklage zu einer unbegründeten Belastung des Beklagten führen würde. Dringt er mit der Aufrechnung durch, so erreicht er die Klagabweisung und damit die Verurteilung des Gegners in die Streitkosten, § 91 ZPO. Wird aber seiner Widerklage gegenüber der ebenfalls als begründet erachteten Klage stattgegeben, so hat jede Partei im gleichen Betrag teils obgesiegt, teils ist sie unterlegen; die notwendige Folge ist gemäß § 92 ZPO. die Aufhebung der Kosten gegeneinander.

5. Es muß sonach allgemein als Norm gelten, daß eine Gegenforderung, die nicht zur Aufrechnung verwendet werden darf, auch nicht zum Gegenstand einer Widerklage gemacht werden kann. Eine solche Widerklage ist vielmehr unzulässig, wie dies das Reichsgericht, allerdings ohne nähere Begründung, in seiner Entscheidung vom 6. Juli 1894[17]) auch ausgesprochen hat.

Rechtsanwalt Dr. Berlin in Nürnberg.

Unerwünschte Nebenwirkung einer Polizeivorschrift. § 12b der sittenpolizeilichen Vorschriften der Polizeidirektion München, die auf Grund des § 361 Nr. 6 StGB. erlassen sind, verbietet den unter sittenpolizeiliche Aufsicht gestellten Frauenspersonen den Verkehr mit Mannspersonen, welche an den Erträgnissen der Unzucht teilnehmen oder welche dem Unzuchtsgewerbe dadurch Vorschub leisten, daß sie die unter Aufsicht Gestellte auf der Straße in größerer oder geringerer Entfernung begleiten oder in ihrer Wohnung zu ihrem Schutze sich bereit halten. Die Fassung dieser Vorschrift weist hin auf die beiden Begehungsformen der Zuhälterei, die ausbeutende und die kupplerische, und strebt die Unterdrückung des Zuhälterunwesens mittelbar an, wie es die strengere Strafbestimmung des § 181 a StGB. unmittelbar bezweckt. Allein die Erreichung dieses Zieles vereitelt das Bestehen der angeführten Kontrollvorschrift in gewisser Richtung selbst, insoferne sie die Bestrafung des Zuhälters erheblich erschwert ja häufig unmöglich macht, insoweit die Zuhälterdienste einer öffentlichen Dirne geleistet werden.

Der Zuhälter gesteht erfahrungsgemäß so selten wie ein gewerbsmäßiger Wilderer. Seine Ueberführung hängt gewöhnlich von dem Zeugnis der ausgebeuteten oder beschützten Dirne ab. Diese aber kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihr die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde (§ 54 StPO.). Die hier einschlägigen Fragen erschöpfen sich meistens darin, ob der Angeklagte von der Dirne den Lebensunterhalt ganz oder teilweise bezog oder ihr in bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährte oder sonst förderlich war. Dadurch aber kommt das Recht, die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern, tatsächlich einer Verweigerung des ganzen Zeugnisses gleich. Allerdings kann der Richter aus der Verweigerung der Beantwortung einer bestimmten Frage die entsprechenden Schlüsse ziehen z. B. in einem Ehescheidungsprozeß, wenn der Zeuge die Beantwortung der Frage über den Geschlechtsverkehr mit einer der Parteien verweigert, annehmen, daß ein solcher stattgefunden hat. Allein im Falle des § 181 a StGB. wird eine entsprechende Schlußfolgerung auf Schwierigkeiten stoßen, auch wenn die richterliche Ueberzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme noch so frei geschöpft wird (§ 260 StPO.). Denn um festzustellen, daß der Angeklagte von der Prostituierten ganz oder teilweise den Lebensunterhalt bezogen hat, muß der Richter die einzelnen Zuwendungen nach Art, Höhe und Zeitdauer kennen; das gleiche gilt von den einzelnen Handlungen, in welchen eine Förderung des unzüchtigen Gewerbes erblickt werden soll.

Die Verweigerung der Antwort auf die bezeichneten Fragen ist nur dann ungerechtfertigt, wenn der Zeugin die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung nicht mehr droht, wenn sie also wegen der Uebertretung nach dem angeführten § 12b bereits rechtskräftig abgeurteilt oder wenn deren Verfolgung verjährt ist.

---

[14]) Warneyer Rspr. 1908 S. 440 Nr. 550.

[15]) Gaupp-Stein Anm. III zu § 5; Merzbacher, GO. f. RA. 2. Aufl. Anm. 4 zu § 5 ZPO.

[16]) Gaupp-Stein Anm. V 2 zu § 546; Reisenegger-Schmidt, GKG. 2. Aufl. Anm. 4 zu § 11; RGZ. 7, 388 (V. ZS.); JW. 1900 S. 565 Nr. 5.

[17]) JW. 1894 S. 427 Nr. 23.

Beide Ausnahmen treffen in Wirklichkeit selten zu, weil die Dirne regelmäßig bis zur Verhaftung ihres Zuhälters, ja wenn er auf freiem Fuß bleibt, oft bis zum Tage der Hauptverhandlung ihn mit ihrem Hurenlohn unterstützt oder sich von ihm Schutz gewähren läßt. Und selbst wenn sie inzwischen wegen der Uebertretung abgeurteilt worden ist, hat sie es in der Hand, durch Einlegung aller zulässigen Rechtsbehelfe sich den Schutz des § 54 StPO. möglichst lange zu erhalten und damit der Aburteilung ihres Zuhälters entgegenzuarbeiten.

Landgerichtsrat Hümmer in München.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Bestimmbarkeit der Leistung beim Grundstückskaufe (§§ 313, 315 BGB.). Der Gutsbesitzer M. hat dem Beklagten ein notarielles Angebot gemacht, worin er diesem anbot, ihm „eine ihrer Größe und ihren Grenzen nach von dem Käufer nach dessen Wahl zu bestimmende Parzelle bis zum Höchstbetrag von 5 Morgen sowie nach Bedarf außerdem zur Errichtung einer Seilbahn einen Streifen von 1 m Breite, welcher dieses an der Bahn gelegene vorbeschriebene Terrain mit dem Steinbruche des Käufes verbindet, für 1800 *M* für den Morgen erworbener Fläche“ zu verkaufen, dem Käufer auch die Befugnis einräumt, neben diesem Streifen nach seiner Wahl je ein „Meter Terrain anliegend zu demselben Preise und zu denselben Bedingungen“ zu kaufen, dem Käufer auch eine näher bestimmte Wegegerechtigkeit einzuräumen. Der Beklagte hat dieses Angebot notariell angenommen und dies dem M. mitgeteilt. Nach Empfang dieser Mitteilung hat M. durch notariellen Vertrag die Besitzung an den Kläger verkauft und ihm aufgelassen. Als der Beklagte von diesem Verkauf erfuhr, erwirkte er eine einstweilige Verfügung, auf Grund deren eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Uebereignung der Flächen und Einräumung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen wurde. Mit der Klage verlangt der Kläger die Einwilligung des Beklagten in die Löschung der Vormerkung, da der ihr zugrunde liegende Vertrag wegen Unbestimmtheit der Leistung des Verkäufers nichtig sei. Die Klage wurde abgewiesen, die Berufung blieb erfolglos. Das RG. verwarf die Revision.

Gründe: Auf dem Grundbuchblatt des jetzt dem Kläger gehörenden Grundstücks steht noch aus der Zeit vor seinem Eigentumserwerb eine Vormerkung zur Sicherung von Ansprüchen auf Einräumung gewisser Rechte für den Beklagten aus dem von diesem rechtzeitig angenommenen Angebot des M. Der Kläger verlangt die Einwilligung in die Löschung, da infolge Unbestimmtheit der Leistung kein wirksamer Vertrag zwischen M. und dem Beklagten zustande gekommen sei. Träfe das zu, so würde die Vormerkung allerdings trotz ihrer Eintragung mit dem durch sie zu sichernden Anspruch hinfällig sein, denn wenn der Vertrag keine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründen würde, der Anspruch also nicht rechtsbeständig wäre, so wäre für eine Vormerkung kein Raum und der Anspruch auf Löschung begründet. Das BG. verneint jedoch mit Recht die Annahme des Klägers von der Ungültigkeit des zwischen dem Beklagten und M. geschlossenen Vertrags. Der Angriff der Revision ist insofern nicht völlig klar, als sie erklärt, die Bejahung der Frage durch das BG., ob zwischen M. und dem Beklagten gemäß § 315 BGB. ein bindender Vertrag zustande gekommen sei, nicht zu beanstanden, dann aber auf Umwegen doch diese Auffassung bekämpft. Sie will anscheinend sagen, daß ein wirksamer Vertrag mit Hilfe des § 315 BGB. allerdings hätte zustande kommen können, dazu aber erforderlich gewesen wäre, daß der Beklagte die ihm zustehende, nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung der Leistung in einer der Vorschrift des § 313 BGB. entsprechenden Form bis zur Eintragung der Vormerkung oder doch bis zur Auflassung an den Kläger getroffen hätte. Da dies nicht geschehen sei, sei ein endgültig bindender Vertrag gemäß §§ 313, 315 BGB. zwischen dem Beklagten und M., der eine Vormerkung rechtfertigen könnte, vor der Auflassung nicht zustande gekommen, so daß § 883 Abs. 2 BGB. nicht anwendbar sei. Diese Auffassung ist irrig.

Es handelt sich im wesentlichen um einen Kaufvertrag. Ein solcher verlangt, sobald er die Uebereignung von Grundstücken betrifft, die Beobachtung der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Formen. Diesem Formzwang unterliegen alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll. Dieser Zwang erstreckt sich daher nur auf getroffene Vereinbarungen. Hier dagegen wird bemängelt, daß es im Vertrag an wichtigen Vereinbarungen fehle, daß die Unbestimmtheit der vereinbarten Leistung das Zustandekommen des Vertrags verhindert habe, so daß der Gläubiger also keine Leistung fordern könne, oder auch, daß nach § 154 Abs. 1 BGB. der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen sei. Ein wirksamer Kaufvertrag verlangt insbesondere die ausreichende Bestimmtheit der Kaufsache und des Kaufpreises. Aber es genügt schon eine, wenn auch nur nach billigem Ermessen mögliche, Bestimmbarkeit. Diesem Zwecke dient § 315 BGB.; von dem das BG. zutreffend ausgeht mit seiner Ausführung, daß die dem Käufer obliegende Leistung, was die Lage und Größe der Flächen angeht, ausreichend teils bestimmt, teils mit Hilfe des § 315 BGB. bestimmbar sei. Das gleiche muß aber für den Kaufpreis gelten, da für den Morgen ein bestimmter Betrag ausgeworfen ist. Fehlt es somit dem Vertrag nicht an dem Erfordernis der ausreichenden Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit, so ist ein wirksamer, den Erfordernissen des § 313 BGB. entsprechender Kaufvertrag zustande gekommen. Dann aber kann auch kein Bedenken bestehen gegen die Zulässigkeit der Sicherung der darin begründeten Ansprüche durch eine Vormerkung, denn der § 883 BGB. sagt nicht, daß an die Bestimmtheit des Inhaltes der Vormerkung strengere Anforderungen zu stellen seien als an die des zu sichernden Anspruchs. Damit fällt aber der Hauptangriff der Revision, daß ein durch eine Vormerkung zu sichernder Anspruch noch nicht vorhanden war, als die Auflassung an den Kläger erfolgte, weil der Beklagte bis dahin die in sein billiges Ermessen gestellte Entscheidung noch nicht getroffen hatte. Die Revision irrt aber auch darin, daß auch diese dem Beklagten überlassene Entscheidung dem Formzwange des § 313 BGB. unterliege. Für sie genügt eine formlose Erklärung, da es sich bei der nachfolgenden näheren Bestimmung nicht um eine der Form bedürftige Abänderung, sondern nur um eine im Vertrage bereits vorgesehene, nach § 315 BGB. außerhalb des Vertrags zulässige und daher formfreie Ergänzung handelt. (Urt. des V. ZS. vom 28. Februar 1914, V 437/13).

3324 ———n.

II.

Ausschließung aus einem Aerzte-Verein; der Ausgeschlossene kann mit dem Antrage klagen, den Ausschließungsbeschluß für unwirksam zu erklären, auch wenn er vor der Ausschließung seinen Austritt erklärt hat. Wann verstößt das sog. Verkehrs-Verbot gegen die

guten Sitten? **Aus den Gründen:** 1. Obwohl die Kläger infolge des wirksamen Austritts nicht mehr Mitglieder der Vereins waren, als sie ausgeschlossen wurden, hält das BG. sie für berechtigt, darauf zu klagen, daß die Unwirksamkeit der Ausschließung festgestellt werde. Die Ausschließung aus einem Vereine hänge in der Regel einen Makel an; auf die Ausschließung der Kläger treffe dies besonders zu, weil nach der Vereinssatzung der Ausschluß nur wegen standesunwürdigen Verhaltens erfolgen könne. Hier bedeute also die Ausschließung eine Brandmarkung der Kläger als standesunwürdiger Aerzte. Sie sei geeignet, die Kläger nicht nur vor ihren Berufsgenossen, sondern auch vor ihren Mitbürgern herabzusetzen und damit ihre gesellschaftliche Stellung zu untergraben und sie wirtschaftlich zu schädigen. Die Wirkungen der Ausschließung reichten also bis in die Gegenwart und die Kläger hätten daher ein rechtliches Interesse an der Feststellung ihrer Unwirksamkeit. Im Ergebnisse stehen diese Ausführungen im Einklange mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. An ihr ist festzuhalten ungeachtet der Bedenken, die jüngst geltend gemacht worden sind (Lenel, DJZ. 1913 S. 84; Heinsheimer, Mitgliedschaft und Ausschließung S. 64 ff.). Wird die Unwirksamkeit einer dem Austritte nachfolgenden Ausschließung zivilgerichtlich festgestellt, so hat dies weder, wie Heinsheimer a. a. O. S. 66 meint, die Bedeutung einer die Fortdauer der Mitgliedschaft aussprechenden Entscheidung, noch auch ist das Wesentliche der Feststellung der Zeitpunkt, in dem die Mitgliedschaft geendet hat. Das Urteil spricht vielmehr nur dem Vereine das Recht ab, sich dem Kläger gegenüber auf den Standpunkt zu stellen, er sei nach der Satzung verpflichtet, sich eine solche Maßregelung gefallen zu lassen. Es entzieht dem Vereine die Befugnis, sich dem früheren Mitgliede gegenüber auf den Ausschließungsbeschluß zu berufen, schneidet ihm daher insbesondere für das Privatklage-Verfahren, das die widersprechenden Schriftsteller dem nachträglich Ausgeschlossenen allein offen halten wollen, die Berufung darauf ab, daß die ehrenrührige Ausschließung in der Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen sei, und kann in einem solchen Verfahren auch zu einer Aussetzung nach § 261 StPO. führen. Von der zurückliegenden Ausschließung können daher Wirkungen unter den Parteien ausgehen, die in die Gegenwart reichen. Die Frage ihres Bestehens kann deshalb auch das Bestehen eines Rechtsverhältnisses betreffen und den Gegenstand einer Entscheidung i. S. des § 256 ZPO. bilden.

2. Die Entscheidung, daß der Verein das gegen die Kläger erlassene Verkehrsverbot aufzuheben und die Aufhebung der „Gesellschaft der Aerzte“ in M. mitzuteilen hat, ist bedenkenfrei (§§ 826, 249 BGB.). Die Voraussetzungen des § 826 sind durch die Handlungen des Vereins erfüllt. Das BG. stellt fest, daß die Kläger empfindlich in der Ausübung ihres ärztlichen Berufs und damit in ihrer gesellschaftlichen Stellung sowie in ihren Erwerbsaussichten dadurch betroffen sind, daß das von dem Verein erlassene Verkehrsverbot von den anderen Aerzten in L. und von den Aerzten in M. streng befolgt wird . . . , daß weiter die an der Beschlußfassung der Mitgliederversammlung beteiligten Vereinsmitglieder sowie die an der Hinausgabe des Beschlusses beteiligten Vertreter des Vereins nicht nur die schädigende Wirkung des Verkehrsverbots vorausgesehen, sondern sogar schlechtweg mit der Absicht gehandelt hätten, die Kläger wirtschaftlich zu schädigen und sie vor der Oeffentlichkeit zu brandmarken, und daß endlich der beklagte Verein bei diesem Verhalten darauf ausgegangen sei, den Klägern seinen Willen aufzuzwingen, sie nämlich zu nötigen, ihre Bahnarzt-Stellen aufzugeben. Das BG. führt weiter aus, der beklagte Verein habe unter Ausnützung der Macht ärztlicher Organisationen zu einem ehrverletzenden Gewaltmittel nur gegriffen, um ein Ziel zu erreichen, das erlaubt gewesen sei, weil es sich für den beklagten Verein darum gehandelt habe, einer Verelendung des ärztlichen Standes durch eine in der Einrichtung der Bahnarztstellen liegende Schmälerung freier ärztlicher Berufstätigkeit vorzubeugen. Das schließt aber die Annahme der Sittenwidrigkeit des gegen die Kläger gerichteten Vorgehens nicht aus. Selbst ein billigenswertes Bestreben wird sittenwidrig, wenn ein Berufsverein, um für die Berufsgenossen wirtschaftliche Vorteile zu erlangen, andere seinen Satzungen nicht unterworfene Berufsgenossen seinem Willen gefügig zu machen sucht und dieses Ziel mit Mitteln verfolgt, die darauf berechnet sind, bis zur Unterwerfung unter den Vereinswillen die Gemaßregelten planmäßig in ihrer Berufstätigkeit zu beeinträchtigen, ihre gesellschaftliche Stellung zu erschüttern und sie in ihrem Ehrempfinden zu verletzen. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, ob sich in anderen Fällen, wenn eine gewollte Einwirkung auf die Willensentschließungen der Betroffenen nicht erhellt, mit der Rechtsprechung des VI. ZS. (RGZ. 64, 155 ff.; 79, 17 ff.) je nach dem Grade der geplanten Schädigung und ihrem Verhältnisse zu dem das Einschreiten veranlassenden Verhalten der Gemaßregelten annehmen ließe, die Maßregelung sei dem Vereine erlaubt. Jeder Strafbefugnis und damit auch der Brandmarkung durch den Verein waren die Kläger durch den Austritt entrückt, weshalb auch nicht zu prüfen ist, ob die Kläger standesunwürdig oder satzungswidrig gehandelt haben. Die Sittenwidrigkeit eines Vorgehens, durch das ein Arzt in ehrverletzender Weise und unter Erschütterung seiner Stellung planmäßig von dem für die Ausübung seiner Berufstätigkeit erforderlichen beruflichen Verkehre mit anderen Aerzten abgeschnitten wird und so gezwungen werden soll, im Interesse der Verbesserung der Erwerbsbedingungen anderer Aerzte eine ärztliche Anstellung aufzugeben, kann schon wegen ihrer inneren Verwandtschaft mit der durch § 253 StGB. unter Strafdrohung gestellten Handlung (vgl. RGSt. 32, 335) nicht bezweifelt werden . . . . (Urt. des IV. ZS. vom 29. Januar 1914, IV 567/1913). V.

3328

III.

§ 120 a GewO. als „Schutzgesetz“. Aus den Gründen: Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist berechtigt. Zwischen den Streitteilen bestand ein Lehrvertrag, der den Beklagten verpflichtete und berechtigte, den Kläger im Sattlereibetriebe zu unterweisen und zu beschäftigen, auch an der gefährlichen Krempelmaschine. Wenn die Schadensersatzpflicht des Beklagten nur aus diesem Vertragsverhältnisse begründet wäre, dann würde der Anspruch auf Schmerzensgeld ausgeschlossen sein. (§§ 253, 618 Abs. 3 BGB., Urteile RG. III 338/06, 96/07). Die vertragliche Haftung schließt aber die außervertragliche nicht aus. Die Vertragsverletzung kann zugleich eine unerlaubte Handlung sein (RG. III 89/07, 347/11; JW. 1912, 339; SeuffArch. 61 Nr. 80; Gruchot 50, 984; JW. 1907, 830; „Recht“ 1912 Nr 1467). Das ist hier der Fall. Der § 120 a GewO., wonach der Gewerbeunternehmer u. a. die Vorrichtungen herzustellen hat, die zum Schutze der Arbeiter — auch der Lehrlinge — gegen gefährliche Berührungen mit Maschinen oder Maschinenteilen oder gegen andere in der Natur der Betriebsstätte oder des Betriebes liegende Gefahren erforderlich sind, ist ein „den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz“. Wer dagegen verstößt, haftet gemäß § 823 Abs. 2 BGB. nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Bei Verletzung der durch § 120 a vorgeschriebenen Pflichten ist also die Anwendung des § 847 BGB. nicht ausgeschlossen (JW. 1907, 830). (Urt. d. III. ZS. v. 17. März 1914, III 501/13). —a—

3332

IV.

Berufung des Ehegatten auf guten Glauben im Falle des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Aus den Gründen: Das OLG. sieht als erwiesen an, daß nach Erlaß des Urteils vom 24. März 1911 der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten dieser erklärt habe, sie könne zunächst eine Aufforderung des Klägers abwarten, ehe sie zu ihm zurückzukehren brauche, und daß eine solche Aufforderung innerhalb des entscheidenden Jahres nicht ergangen sei. Mit Rücksicht hierauf meint das OLG., es lasse sich nicht feststellen, daß die Beklagte in böslicher Absicht dem Urteile keine Folge geleistet habe, und zwar um so weniger, als es sich hier nicht um eine willkürliche und unbestimmte Meinung der Beklagten, sondern um eine ihr von ihrem Rechtsbeistand erteilte Auskunft gehandelt habe, der sie habe vertrauen können. Die Revision bezeichnet diese Ausführung mit Recht als irrtümlich. Damit Scheidung auf Grund des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. erfolgen kann, ist allerdings erforderlich, daß der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft rechtskräftig verurteilte Ehegatte ein Jahr lang nicht nur gegen den Willen des anderen Ehegatten, sondern auch in böslicher Absicht dem Urteile nicht Folge geleistet hat. Es ist ihm deshalb unbenommen, im Scheidungsverfahren Gründe dafür anzuführen, daß er sich trotz des Urteils mit Recht von der häuslichen Gemeinschaft fernhalte. Die Rechtskraft des Herstellungsurteils und dessen Zweck, dem abtrünnigen Ehegatten die Rechtswidrigkeit seiner Weigerung zum Bewußtsein zu bringen, nötigen indessen dazu, im Scheidungsverfahren dem Beklagten die Berufung auf solche Tatsachen zu versagen, die er schon im Herstellungsstreite geltend gemacht hat oder geltend machen konnte (§ 616 ZPO.). Solche Tatsachen können daher im Scheidungsverfahren wegen böslicher Verlassung vom Beklagten zur Begründung des Rechts, die Herstellung der Gemeinschaft zu verweigern, nur in Verbindung mit neuen Ereignissen zu deren Unterstützung geltend gemacht werden (s. Motive zum I. Entw. eines BGB. IV S. 590). Der gute Glaube des Beklagten, zur Verweigerung der Gemeinschaft berechtigt zu sein, ist im Scheidungsverfahren gleichfalls zu berücksichtigen, da auch er das Tatbestandsmerkmal der böslichen Absicht ausschließt. Indessen zwingen die Rechtskraft und der Zweck des Herstellungsurteils auch hier dazu, die Berufung auf guten Glauben nur zuzulassen, wenn er sich auf Tatsachen stützt, deren Geltendmachung dem beklagten Ehegatten noch gestattet ist (s. Motive a. a. O.). Um einen Fall, in dem der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilte Ehegatte vorbrächte, er sei zur weiteren Fernhaltung trotz des Urteils berechtigt gewesen, handelt es sich freilich hier nicht. Die Beklagte behauptet nicht, sie sei berechtigt gewesen, dem Urteile keine Folge zu leisten, sondern führt nur an, sie habe geglaubt, daß sie ihm erst nachzukommen brauche, wenn der Kläger sie innerhalb des entscheidenden Jahres dazu auffordere. Was sie geglaubt haben will, war unrichtig. Denn der Ehegatte, der ein Herstellungsurteil erwirkt hat, ist, mindestens unter gewöhnlichen Verhältnissen, keineswegs genötigt, den anderen Ehegatten zur Befolgung des Urteils noch besonders aufzufordern, sondern diesem liegt es ohne weiteres ob (vgl. das Urteil des Senats vom 20. Juni 1910 IV 549/09, BayZfR. 1910 S. 407), seinerseits die zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft erforderlichen Maßnahmen in die Wege zu leiten. Trotzdem ließe sich bei der Beklagten allenfalls von einem Fehlen böslicher Absicht und davon sprechen, daß „eine aus bösem Willen hervorgegangene Zerreißung der häuslichen Gemeinschaft" nicht gegeben sei. Allein es geht nicht an, im Falle des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 dem beklagten Ehegatten die Berufung auf einen guten Glauben zu gestatten, der nur auf eine unrichtige Auffassung von der Bedeutung und der Tragweite des Urteils hinausläuft, mag er auch auf einer nach Erlaß des Herstellungsurteils erteilten vertrauenswürdigen Auskunft eines Rechtsverständigen beruhen. Vielmehr ist der Revision darin beizupflichten, daß der ganze Zweck des Herstellungsurteils in Frage gestellt würde, wenn man das zuließe. Wie dieser Zweck in Verbindung mit der Rechtskraft dazu nötigt, zur Rechtfertigung der Weigerung häuslicher Gemeinschaft die Anführung neuer Umstände zu fordern, so zwingt er auch dazu, die bloße Berufung auf eine unrichtige Auffassung von der Bedeutung und der Tragweite des Herstellungsurteils ganz auszuschließen, wenn keine neuen Weigerungsgründe geltend gemacht werden, sondern für die Berechtigung der Weigerung lediglich der bereits abgeurteilte oder als abgeurteilt geltende Tatbestand (§ 616 ZPO.) in Frage kommt. (Urt. d. IV. ZS. v. 2. Februar 1914, IV 564/13). ———n.

3317

V.

Voraussetzungen für die Anwendung des § 323 ZPO. Aus den Gründen: Das BG. erkennt an, daß die Klage aus § 323 ZPO. nicht gegeben sein würde, wenn durch die im früheren Unterhaltsprozesse der Parteien ergangenen Urteile nur über den Anspruch der Frau auf Gewährung von Unterhalt für die Dauer des Bestehens der Ehe oder des Getrenntlebens der damaligen Ehegatten entschieden worden wäre. Es meint aber, daß in jenen Urteilen keine solche zeitliche Begrenzung enthalten und daß deshalb die Klage aus § 323 zulässig sei. Es weist indes die Klage ab, weil sich die Verhältnisse nicht wesentlich geändert hätten. Der Ausgangspunkt des BG. ist richtig, nicht aber die Auffassung von der Bedeutung der früheren Urteile. Es braucht zunächst kaum hervorgehoben zu werden, daß der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehefrau von dem für die Dauer der Ehe bestehenden wesentlich verschieden ist. Dieser erlischt mit der Scheidung, jener entsteht erst in diesem Zeitpunkte und nur unter der Voraussetzung, daß der Mann für den allein schuldigen Teil erklärt ist. Er erfordert ferner im Gegensatze zu dem während der Ehe gegebenen Bedürftigkeit der Frau. Das Maß des der geschiedenen Frau gebührenden Unterhalts richtet sich endgültig nach der Lebensstellung des Mannes zur Zeit der Ehescheidung, während für den Unterhaltsanspruch während des Bestehens der Ehe die Verhältnisse des Mannes maßgebend sind. Vor der Scheidung der Ehe sind die klagebegründenden Tatsachen für den dem unschuldigen Teile zustehenden Anspruch nicht gegeben, und es ist daher rechtlich ausgeschlossen, schon während Bestehens der Ehe über einen zukünftigen Unterhaltsanspruch des Ehegatten aus § 1578 BGB. zu entscheiden. Trotzdem kann die Möglichkeit nicht geleugnet werden, daß die Richter des Vorprozesses aus Rechtsirrtum der Klägerin den Unterhaltsanspruch auch für den Fall der Scheidung haben zuerkennen wollen. In diesem Falle würden allerdings die Urteile des Vorprozesses der jetzigen Entscheidung zugrunde zu legen sein, weil sie rechtskräftig sind. Die dahingehende Annahme des BG. kann aber nicht gebilligt werden. (Wird näher ausgeführt.) Es ergibt sich bestimmt, daß die Frau früher nur den Anspruch aus den §§ 1360, 1361 BGB. erhoben hat, und daß ihr auch nur dieser zugesprochen worden ist. Den Umstand, daß die Urteilsformel keine zeitliche Einschränkung enthält, hat das BG. mit Unrecht für seine Auffassung verwertet. Aus der Formel allein ist nicht zu ersehen, welcher Anspruch den Gegenstand der Entscheidung gebildet hat, und es muß deshalb auf die Entscheidungsgründe zurückgegangen werden. Andererseits werden aber darum nicht die übrigen Ausführungen in den Entscheidungsgründen von der Rechtskraft betroffen. Selbst wenn also die Ausführungen des früheren Urteils dahin verstanden werden müßten,

das Urteil, wodurch der Frau die Rente zugebilligt ist, würde an und für sich auch nach Scheidung der Ehe bei Bestand bleiben und der Mann müsse auch in diesem Falle den Weg des § 323 ZPO. beschreiten, so könnte sich das BG. hierauf nicht für die Zulässigkeit der Klage aus § 323 berufen. Eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Fortdauer des Unterhaltsanspruchs über das Bestehen der Ehe hinaus würde damit nicht getroffen sein. Dann aber ist für die Anwendung des § 323 kein Raum. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall, wenn der rechtskräftig zuerkannte Anspruch nachträglich infolge einer sog. rechtsvernichtenden Tatsache erlischt. Der Geltendmachung solcher Tatsachen steht die Rechtskraft überhaupt nicht entgegen. Der § 323 will aber eine Ausnahme von der regelmäßigen Rechtskraftwirkung begründen und er greift nur dann ein, wenn innerhalb des Rahmens des rechtskräftig zuerkannten Anspruchs durch nachträgliche Veränderung der Umstände eine Sachlage geschaffen wird, welche die getroffene Entscheidung für die Zeit seit Eintritt dieser neuen Tatsache als unrichtig erscheinen läßt. An sich würde in solchem Falle die Rechtskraft fortwirken, aus Billigkeitsrücksichten ist aber eine Beseitigung im Wege der Klage zugelassen. (Urt. des IV. ZS. vom 5. Januar 1914, IV 477/13). ———n.

3279

VI.

Inwieweit kann ein nach § 539 ZPO. erlassenes Urteil mit der Revision angefochten werden? Inwieweit ist das Untergericht an ein solches Urteil gebunden? Aus den Gründen: Gegen Urteile, die von einem OLG. auf Grund des § 539 ZPO. erlassen werden, ist die Revision allerdings zulässig, da solche Urteile Endurteile und nicht Zwischenurteile sind, indem auch sie den Rechtsstreit für das BG. erledigen. Mit der Revision kann zwar nicht geltend gemacht werden, daß das BG. von dem ihm durch § 539 eingeräumten Ermessen einen ungeeigneten Gebrauch gemacht habe, die Art der Ausübung dieses Ermessens ist vielmehr der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen. Wohl aber kann die Revision darauf gestützt werden, daß das Verfahren im ersten Rechtszug gar nicht an einem wesentlichen Mangel gelitten habe und daß es deshalb der Aufhebung und Zurückverweisung an der Grundlage fehle. Auf der anderen Seite ist es ausgeschlossen, ein solches Urteil, das keine sachliche Entscheidung gibt, sondern sie ablehnt, aus sachlichen Gründen im Rechtszuge der Revision zu bekämpfen. Sachlich kann ein nach § 539 ergangenes Urteil keiner der Parteien zur Beschwerde gereichen. Nun finden sich freilich hier im Berufungsurteil auch sachliche Erörterungen, aber die Entscheidung beruht nicht auf ihnen, sondern allein auf einem prozessualen Grunde. Die ZPO. enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß und inwieweit in den Fällen der §§ 538, 539 das Gericht des ersten Rechtszugs an das Urteil des BG. gebunden ist. Indessen kann kein Zweifel bestehen, daß die in § 565 Abs. 2 für das Verhältnis des BG. zu einer aufhebenden Entscheidung des Revisionsgerichts gegebene Vorschrift auch in den Fällen der §§ 538 und 539 entsprechend anzuwenden ist (vgl. SeuffArch. 56 S. 113). Das ergibt sich aus der formellen Rechtskraft des Berufungsurteils und aus der Stellung des untergeordneten zum übergeordneten Gericht. Auch würde sonst ein endloses Hin- und Herschieben zwischen dem ersten und dem zweiten Gerichte möglich sein. Die Aufnahme der ausdrücklichen Vorschrift des § 565 Abs. 2 gestattet für die Fälle der §§ 538, 539 keinen Schluß aus dem Gegensatze. Aber wie im Falle des § 565 Abs. 2, so beschränkt sich auch hier die Bindung des unteren Gerichts darauf, daß es die der Aufhebung zugrunde gelegte rechtliche Beurteilung auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Hier wie dort binden dagegen rechtliche Ausführungen, die im aufhebenden Urteile nur nebenher laufen, auf denen aber die Entscheidung selbst nicht beruht, das untere Gericht nicht, und das gilt insbesondere von Erwägungen, in denen das obere Gericht dem unteren ausdrücklich beitritt. Wird daher ein Urteil wegen eines Mangels im Verfahren aufgehoben, so hat das Gericht des ersten Rechtszugs zwar in bezug auf das Verfahren der rechtlichen Auffassung des BG. zu folgen, im übrigen jedoch ist es frei. Trifft das zu, so kann ein solches Urteil, auch wenn es sachliche Erörterungen enthält, im Wege der Revision sachlich nicht angegriffen werden, auch dann beschwert es vielmehr die Parteien sachlich nicht. Die Frage, ob das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel litt oder nicht, ist nicht von dem Standpunkte, den das BG. sachlich einnimmt oder gar einnehmen müßte, sondern vom Standpunkte des ersten Richters aus zu beurteilen. (Urt. des IV. ZS. vom 19. Januar 1914, IV 569/13). ———n.

3316

VII.

Ersatzzustellung oder öffentliche Zustellung? Kein Verschulden des Rechtsanwalts. Aus den Gründen: Es braucht nicht entschieden zu werden, ob die Ausführungen des OLG. darüber zutreffend sind, daß die Ersatzzustellung unzulässig gewesen sei, der Schuldner am Tage der Zustellung keine Wohnung am Zustellungsorte gehabt, sie vielmehr erkennbar aufgegeben habe. Denn jedenfalls trifft weder den beklagten Rechtsanwalt ein Verschulden noch den Bureauvorsteher, für dessen Versehen der Anwalt nach § 278 BGB. zu haften hätte. Eine Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt war es nicht, daß hier die Aufgabe der Wohnung und damit die Unzulässigkeit der Ersatzzustellung nicht erkannt ist, mag man nun davon ausgehen, daß der Rechtsanwalt auch in solchen besonders gearteten Fällen die Prüfung der Zustellungsfrage dem Bureauvorsteher überlassen könne, oder verlangen, daß er sie selbst prüft. Es lag weiter nichts vor, als daß der Schuldner ins Ausland geflüchtet war. Das Nichterkennen der Voraussetzungen für die öffentliche oder die Zustellung im Auslande und der Unzulässigkeit der Ersatzzustellung war unter diesen Umständen nicht fahrlässig. Der Prüfende konnte erwägen, daß die Wohnung auch bei längerer Abwesenheit des Inhabers ihrer Bestimmung erhalten bleiben kann, sofern nur die Rückkehr zu erwarten ist (Stein II zu § 180 der ZPO.). Auch wenn der Schuldner ins Ausland „geflüchtet“ war, konnte auch der sorgfältig und gewissenhaft die Verhältnisse Abwägende schuldlos zu der Auffassung gelangen, daß die Absicht des Schuldners, zurückzukehren und die Aussicht auf deren Verwirklichung nicht ausgeschlossen seien. Es durfte damit gerechnet werden, daß das Flüchtigwerden des Inhabers nicht schlechthin die Inhaberschaft aufhören läßt (Skonietzki 2 zu § 181 ZPO.). Das LG. Metz wirft in einer vom OLG. Colmar (Jur. Wschr. f. Elſ.-Lothr. 16 S. 12) gebilligten Entscheidung mit Recht die Frage auf, in welcher Lage wohl der Gläubiger wäre, der beantworten müßte, ob Flucht und Aufgabe der Wohnung oder vorübergehende Abwesenheit vorliege, und kommt zutreffend zu dem Schluß, daß die Antwort „möglichst lange zugunsten des Bestehenden“ lauten müsse. Wenn der, der hier die Zustellung veranlaßt hat, von derselben Erwägung ausging, und der Flucht des Schuldners die im Interesse der Rechtssicherheit unerwünschte Bedeutung einer Wohnungsaufgabe nicht beimaß, so verstieß eine solche Würdigung der Tatsachen nicht gegen die Vertragspflichten und gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. (Urt. des III. ZS. vom 20. Februar 1914, III 483/13).

3314 —a—

VIII.

Mangelhafter Tatbestand. Aus den Gründen: Der Tatbestand des angefochtenen Urteils enthält nach einer eingehenden Darstellung des Sach- und Streitstandes den Satz: „Wegen des Vorbringens der Parteien im übrigen wird auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen". Dadurch wird der gesamte Inhalt aller Schriftsätze 2. Instanz von zusammen etwa 260 Seiten Teil des Tatbestandes. Dieser bildet demnach nicht „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes", wie sie der § 313 Abs. 1 Nr. 3 erfordert. Durch die zu weit gehende Bezugnahme wird auch die Nachprüfung des Urteils wesentlich erschwert, ja zum Teil unmöglich gemacht. Ob und wie die Behauptungen, deren Nichtberücksichtigung oder unrichtige Würdigung die Revision rügt, in der Schlußverhandlung vorgetragen und ob die von der Revision angegriffenen Feststellungen mit dem Parteivorbringen im Einklange stehen, läßt sich nur sehr schwer und zum Teil überhaupt nicht feststellen. Letzteres deshalb, weil der Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze miteinander oder mit der Darstellung im Tatbestande in Widerspruch steht. (Wird ausgeführt). Danach rechtfertigt sich die Aufhebung des Urteils wegen Verstoßes gegen § 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. (Urt. d. III. ZS. vom 16. Januar 1914, III 292/13). —a—

3267

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Aus welchen Gründen kann bei streitigen Rechtsverhältnissen eine Gesellschaft m. b. H. das Registergericht die Verfügung bis nach der Entscheidung des Rechtsstreits aussetzen? (§ 127 FGG.). Auf die Anmeldung des Ingenieurs Fritz E. als alleinigen Geschäftsführers wurde die Firma B.-F.-Gesellschaft m. b. H. am 12. Februar 1913 in das Gesellschaftsregister eingetragen. Die Stammeinlagen gingen auf Fritz E. über, der alleiniger Gesellschafter wurde. Am 29. April 1913 wurde eine notarielle Urkunde errichtet, wonach Fritz E. seine Geschäftsanteile auf die Firma A.-S.-L. in London übertrug. Am 26. Juli 1913 meldete E. zur Eintragung an, daß er sein Amt als Geschäftsführer niedergelegt habe. Diese Anmeldung wurde aber zurückgewiesen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt waren. Am 13. September 1913 meldete der Kaufmann Leo E. in B. an, daß E. als Geschäftsführer ausgeschieden, er selbst bestellt und daß der Sitz der Gesellschaft nach B. verlegt worden sei. Dem Vollzuge der Anmeldung widersprach Fritz E.: Er habe zwar am 29. April 1913 seine Geschäftsanteile an die A.-S.-L. abgetreten, er habe aber den Vertrag sofort wegen Irrtums und Täuschung angefochten. Gegen die A.-S.-L. habe er auf Feststellung geklagt, daß die Anteile der B.-F.-Gesellschaft noch ihm zustehen. Das Registergericht setzte der A.-S.-L. die Verbescheidung der Anmeldung des Leo E. bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts über die Inhaberschaft der Geschäftsanteile der B.-F.-Gesellschaft gemäß § 127 FGG. aus. Auf die Beschwerde der A.-S.-L. hob das LG. diese Verfügung auf. Gegen diesen Beschluß legte Fritz E. weitere Beschwerde ein, die zurückgewiesen wurde.

Gründe: Nach § 127 FGG. kann das Registergericht die Entscheidung aussetzen, bis über das Rechtsverhältnis im Rechtsstreit entschieden ist, wenn eine Verfügung von der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängig ist. Gleiche Befugnis hat das Beschwerdegericht. Ob es zweckmäßig sei, das Verfahren auszusetzen, ist Tatfrage. Die weitere Beschwerde wäre nur begründet, wenn das LG. von irrigen rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen wäre. Dies ist nicht der Fall. Das LG. hat unter Bezugnahme auf die Entscheidung des KammerG. vom 18. März 1901 (Jahrb. 21 S. 240) angenommen, daß die Aussetzung des Verfahrens nicht schon dadurch gerechtfertigt ist, daß ein streitiges Rechtsverhältnis die Entscheidung beeinflusse, sondern daß die sofortige Erledigung des Eintragungsantrags von so schwerwiegender Bedeutung sein muß, daß zur Vermeidung der Schädigung wesentlicher Interessen die Aussetzung geboten ist. Daß dies der Fall sei, hat es verneint. Es hat auch noch darauf hingewiesen, daß Leo E. der einzige Geschäftsführer ist und daß für die Gesellschaft erhebliche Nachteile erwachsen können, wenn seine Bestellung der Wirkung des öffentlichen Glaubens entbehrt. Gegen diesen Standpunkt ist nichts einzuwenden. Das Registergericht darf von der Aussetzungsbefugnis des § 127 nicht ohne triftige Gründe Gebrauch machen. Verlangt ein streitiges Rechtsverhältnis eine wichtige unaufschiebliche Verfügung, so muß das Registergericht selbst das streitige Rechtsverhältnis prüfen. Das ist hier umsomehr nötig, als keine Gewähr dafür besteht, daß Fritz E. seine äußerlich noch bestehende Geschäftsführereigenschaft nicht zum Nachteile der Gesellschaft mißbraucht. (Beschl. des I. ZS. vom 23. Januar 1914, Reg. III 2/1914). W.

3304

B. Strafsachen.

I.

Der Inhaber eines Wandergewerbescheins bedarf neben dem Druckschriftenverzeichnis noch des Legitimationsscheins nach § 43 Abs. 1 GewO. zur Ausübung der daselbst bezeichneten Betriebsart. Die in M. wohnende M. ist im Besitze eines Wandergewerbescheins und eines genehmigten Verzeichnisses von Druckschriften, insbesondere von Ansichtskarten, die sie in der Stadt R. auf öffentlichen Plätzen gewerbsmäßig im Umherziehen verkaufte. Sie wurde nach § 148 Ziff. 5 GewO. verurteilt, weil sie die nach § 43 GewO. erforderliche Erlaubnis der Ortspolizeibehörde R. nicht erholt hatte. Ihre Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Irrig ist die Annahme des LG., daß sich aus § 56 Abs. 1 GewO. die Anwendbarkeit des § 43 auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen ergibt. Die GewO. selbst kennt keine sachlichen Beschränkungen des stehenden Gewerbebetriebs, d. h. sie enthält keine Bestimmungen, durch welche gewisse Waren vom Feilbieten im stehenden Gewerbebetriebe ganz oder teilweise ausgeschlossen sind; § 56 Abs. 1 hat nur Beschränkungen im Auge, die dem stehenden Gewerbebetrieb nach dieser Richtung durch andere reichs- oder landesgesetzliche Bestimmungen auferlegt werden. § 43 enthält keine sachlichen Beschränkungen i. S. des § 56 Abs. 1, er macht nur den daselbst bezeichneten Gewerbebetrieb von dem Nachweise persönlicher Eigenschaften des Gewerbetreibenden abhängig, so daß der § 56 Abs. 1 keine Handhabe für die Anwendbarkeit des § 43 Abs. 1 auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen bildet.

Dagegen ist aus nachstehenden Gründen § 43 auf diesen Gewerbebetrieb anwendbar. Er ist aus sicherheits- und sittenpolizeilichen Rücksichten weiteren und strengeren Beschränkungen unterworfen, als der stehende. Daraus ergibt sich, daß der stehende Betrieb nicht schlechter gestellt sein kann als der Gewerbebetrieb im Umherziehen und daß Erschwerungen des ersteren auch den letzteren treffen, wenn nicht die GewO. eine Ausnahme enthält. Die GewO. enthält keine Bestimmung des Begriffs „stehender Gewerbebetrieb", wohl aber eine solche des Begriffs „Gewerbebetrieb im Umherziehen" (§ 55); sie sieht alle Betriebsformen als stehende Gewerbe an, die nicht ausdrücklich als Gewerbebetrieb im Umherziehen bezeichnet sind. Die GewO. behandelt in Tit. II das stehende Gewerbe, in Tit. III den Gewerbebetrieb im Umherziehen; daraus

folgt aber noch nicht, daß die unter dem einen Titel aufgeführten Bestimmungen grundsätzlich von der Anwendung auf den anderen ausgeschlossen sind. Stehen Wortlaut und Zweck nicht entgegen, so wird die gegenseitige Anwendbarkeit gegeben sein, wenn sie sich aus der Natur der Sache ergibt. Dies wird der Fall sein, wenn die in verschiedenen Titeln behandelten Stoffe im wesentlichen gleich sind und nur in einem Titel eine gesetzliche Vorschrift enthalten ist. Die auf der äußeren und inneren Anordnung des Stoffes beruhende Stellung einer Vorschrift ist nur ein untergeordnetes Auslegungsmittel.

§ 43 GewO. betrifft den sog. „fliegenden Buchhandel"; er ist zwar unter Tit. II untergebracht, aber die Eigenart dieses Gewerbebetriebs, der Wortlaut und Zweck und die Entstehungsgeschichte erfordern die Anwendbarkeit auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen. § 43 (§ 41 des Entw.) entstand aus der Erwägung, daß gerade bei Preßerzeugnissen der Vertrieb durch Ausbieten und Ausrufen auf öffentlichen Straßen und durch öffentlichen Anschlag einer besonderen Aufsicht bedarf, weil er den städtischen Verkehr belästigen und die öffentliche Ordnung gefährden kann. Diese Erwägungen wurden auch vom Reichstage gebilligt (Sten.-Ber. 1869, 1, 426, 430; 2, 1091) und waren maßgebend bei Schaffung der Gewerbenovelle vom 1. Juli 1883, der eine Verschärfung der Bestimmungen über den Gewerbebetrieb im Umherziehen betraf. (ReichstDr. 1882/83 Anl.-Bd. 5 S. 15). Danach ist der fliegende Buchhandel (d. i. der Hausierhandel mit Druckschriften an dem Wohnort oder dem Orte der gewerblichen Niederlassung des Buchhändlers) kein eigentlicher stehender Gewerbebetrieb, sondern steht auf einer Stufe mit dem Gewerbebetriebe im Umherziehen und die Einfügung des § 43 unter den Tit. II will sagen, daß diese Vorschrift auch das stehende Gewerbe entgegen seiner sonstigen Bewegungsfreiheit trifft. § 43 ist sonach eine Sondervorschrift, die durch die Eigenart der Verbreitung von Druckschriften veranlaßt ist und Störungen der öffentlichen Ordnung und Belästigungen verhindern soll. Da diese Gefahren ebenso durch den ansässigen wie durch den wandernden Gewerbetreibenden hervorgerufen werden können, muß § 43 die beiden umfassen.

Zu dem gleichen Ergebnisse führt der Vergleich des § 43 mit den §§ 5 und 30 Abs. 2 PreßG., dem Art. 37 PolStGB. und den Art. 12 und 13 AGStPO. Nach § 5 PreßG. und § 43 Abs. 6 GewO. kann die nicht gewerbsmäßige öffentliche Verbreitung von Druckschriften durch die Ortspolizeibehörde aus denselben Gründen verboten werden, aus denen nach § 43 Abs. 2 GewO. die gewerbsmäßige öffentliche Verteilung von Druckschriften untersagt werden kann. § 5 PreßG. und die bezeichneten landesrechtlichen Bestimmungen treffen jedermann; durch die Aufnahme der Vorschriften des § 43 Abs. 2 GewO. in § 5 PreßG. und durch die in § 148 GewO. enthaltene Androhung der gleichen Strafe für die Verfehlungen gegen die beiden Vorschriften ist die Wechselbeziehung hergestellt. Es ist deshalb selbstverständlich, daß die gleichen für die gewerbsmäßige öffentliche Verbreitung von Druckschriften geltenden Vorschriften des § 43 Abs. 1 ebenfalls jeden treffen, der diesen Zweig des Gewerbes betreibt. Der Inhaber eines Wandergewerbescheines bedarf daher neben dem Druckschriftenverzeichnis noch des Legitimationsscheines nach § 43 Abs. 1 GewO., falls er die daselbst bezeichnete Betriebsart ausüben will. (Urt. vom 3. März 1914, Rev.-Reg. Nr. 43/1914). Ed.

3327

II.

Beginn und Dauer der Impfpflicht und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter. Die am 10. Mai 1898 geborne, eheliche Tochter Johanna des Angeklagten X besucht seit der am 1. Mai 1911 erfolgten Entlassung aus der Werktagsschule die Sonntagsschule; sie ist der Wiederimpfung entzogen geblieben, die 1910 auf Auffordern des Bezirksamts hätte vorgenommen werden sollen. Der Angeklagte wurde daher zweimal auf Grund des § 14 Abs. 2 ImpfG. bestraft. Durch eine zugestellte Verfügung des Bezirksamts wurde er aufgefordert, bei Meidung wiederholter Strafe seine Tochter alsbald dem Bezirksarzt zur Impfung vorzuführen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist teilte der Angeklagte dem Bezirksamte mit, daß sich seine Tochter wegen ihres Abscheus vor der Impfung nicht impfen lasse. Das SchG. verurteilte nach § 14 Abs. 2 ImpfG., das LG. sprach frei, da zwar die Tochter auch als Besucherin der Sonntagsschule nach bayerischem Rechte Zögling einer öffentlichen Lehranstalt i. S. des § 1 Abs. 2 ImpfG. und daher wiederimpfpflichtig sei, aber für ihre Weigerung sich impfen zu lassen nicht das Verhalten des Angeklagten bestimmend war, der als Impfgegner von der Impfung abgeraten hat. Das Urteil wurde aufgehoben.

Aus den Gründen: Aus den §§ 1, 3 und 4 ImpfG., nicht minder aus der Begründung des Entw. im allgemeinen und zu § 1 (RTVerh. 3. Anl.-Bd. 1874 S. 23 ff.) ergibt sich, daß für die Frage, ob jemand wieder geimpft werden soll, die Feststellung notwendig ist, ob er in seinem 12. Lebensjahr Zögling einer öffentlichen Lehranstalt oder Privatschule war, oder nur eine Sonntags- oder Abendschule i. S. des § 1 ImpfG. besuchte. Nicht die Zugehörigkeit zu einer öffentlichen Lehranstalt oder Privatschule allein, sondern sie und das 12. Lebensjahr zusammen begründen die Pflicht zur Wiederimpfung; wer sonach im Laufe seines 12. Lebensjahres nicht Zögling einer öffentlichen Lehranstalt oder Privatschule ist, sondern nur eine Sonntags- oder Abendschule i. S. des ImpfG. besucht, oder z. B. wegen Krankheit oder aus anderen Gründen einer Schule überhaupt ferne geblieben ist, der ist nicht wiederimpfpflichtig und wird es nie wieder. Wer also im 12. Lebensjahre nicht wiederimpfpflichtig war, wird es nicht deswegen, weil er später Zögling einer öffentlichen Lehranstalt oder Privatschule war oder ist. Besteht aber die Impfpflicht, dann dauert sie ohne Rücksicht auf das Lebensalter und den Austritt aus der Schule bis zu ihrer Erfüllung fort, d. i. solange, bis mit Erfolg wiedergeimpft wurde oder bis zur 3. erfolglosen Wiederimpfung (BlAdmPr. 29 S. 6, 7 und 19). Die Impfpflicht nach § 1 Nr. 1 beginnt im Laufe des auf das Geburtsjahr folgenden Jahres, die Impfpflicht nach § 1 Nr. 2 (Wiederimpfungspflicht) im Laufe des Jahres, in welchem das Kind 12 Jahre alt wird und Zögling einer öffentlichen Lehranstalt oder Privatschule ist, und jede dieser Pflichten dauert nach §§ 3, 4 und 14 ImpfG. und § 1626 BGB. solange, als das Kind minderjährig ist. In der Begr. d. Entw. ist dies ausdrücklich hervorgehoben.

In Bayern erstreckt sich die mit der Vollendung des 6. Lebensjahres beginnende Pflicht zum Besuche der Volksschule auf die Dauer von 10 Jahren, von denen 7 auf den Besuch der Werktagsschule, sonach einer öffentlichen Lehranstalt treffen. Da mithin das 12. Lebensjahr regelmäßig in die Zeit des Besuchs der Werktagsschule fällt — von den hier nicht zu erörternden Fällen des § 13 ImpfG. abgesehen — ist in Bayern jeder zwölfjährige Werktagsschüler impfpflichtig. Johanna X hat in ihrem 12. Lebensjahre die Werktagsschule besucht; in diesem Jahre begann die Impfpflicht und dauerte bis zur Vollendung ihres 21. Lebensjahres (§ 2 BGB., § 14 ImpfG.). Es ist deshalb nicht notwendig, auf die Frage näher einzugehen, ob der derzeitige Besuch der Feiertagsschule durch die nun 15 Jahre alte Johanna X einen Einfluß auf die Wiederimpfpflicht hat. Richtig ist übrigens die Anschauung des BG., daß in Bayern die Feiertagsschule (seit 1. Januar 1914 Fortbildungsschule genannt) öffentliche Lehranstalt ist. Es hat daher mit Recht — wenn auch aus nicht zutreffenden Gründen — die Impfpflicht der Johanna X angenommen.

Da wegen des Alters minderjähriger Personen die Erfüllung der Pflicht von ihnen nicht verlangt werden kann, ist durch §§ 12 und 14 ImpfG. den gesetzlichen Vertretern die Erfüllung der Pflicht auferlegt worden; kommen sie ihr nicht nach, so werden sie nach § 14 Abs. 2 bestraft. Die Strafe soll zugleich die gesetzlichen Vertreter zwingen, ihre Kinder impfen zu lassen. Das Gesetz legt somit den gesetzlichen Vertretern ein Gebot auf. Indem es die Impfung der Kinder anordnet, ist sie deren persönliche Angelegenheit geworden; für die persönlichen Angelegenheiten seines Kindes hat nach §§ 1626, 1627, 1630 und 1631 BGB. der Vater kraft seiner elterlichen Gewalt zu sorgen. Zu den vornehmsten Pflichten der Eltern gehört die Pflicht der Erziehung ihrer Kinder, die Sorge für die körperliche, geistige und sittliche Ausbildung. Zur sittlichen Ausbildung gehört die Gewöhnung an die Befolgung der Gesetze, die Abhaltung von Zuwiderhandlungen. Die Pflicht der Eltern, für die Person des Kindes zu sorgen, erfordert sonach ein Tun, ein Einwirken auf das Kind, das nach dem § 1631 Abs. 2 BGB. nötigenfalls durch Zuchtmittel gezwungen werden kann oder soll, etwas zu tun oder zu unterlassen. Unterlassen die Eltern die ihnen obliegende Pflicht, so können sie u. U. für die Handlungen oder Unterlassungen ihrer Kinder zivilrechtlich wie strafrechtlich verantwortlich gemacht werden (s. z. B. § 832 BGB.; § 361 Nr. 4 und 9 StGB.; Art. 58, 81 PStGB.; § 6 VogelSchG.). Von demselben Gedanken ist auch das ImpfG. beherrscht. Die §§ 12, 14 legen den Eltern die Pflicht auf, kraft ihrer elterlichen Gewalt alle gesetzlich zulässigen Mittel aufzuwenden, um ihr Kind der Impfung zuzuführen. § 14 Abs. 2 knüpft die Bestrafung der gesetzlichen Vertreter schon an die Feststellung, daß das Kind ohne gesetzlichen Grund trotz amtlicher Aufforderung innerhalb der Frist nicht geimpft worden ist. Die nicht erfolgte Impfung allein bildet sonach den äußeren Tatbestand des § 14 Abs. 2, er ist ein reines „Unterlassungsdauerdelikt“. Da das Mädchen ohne gesetzlichen Grund trotz amtlicher Aufforderung nicht innerhalb der Frist geimpft worden ist, liegt der äußere Tatbestand vor.

Die Bestrafung nach § 14 Abs. 2 setzt ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden voraus. Nach den Feststellungen wußte der Angeklagte, daß er innerhalb der vorgesetzten Frist sein Kind impfen lassen sollte, und daß er keinen gesetzlichen Grund zur Unterlassung hatte. Er hat jedoch pflichtwidrig nichts getan, um die Impfung zu ermöglichen, er hat sogar seiner Tochter von der Impfung abgeraten. Läge schon in dem untätigen Verhalten des Angeklagten gegenüber dem gesetzlichen Gebote ein vorsätzliches, strafbares Verschulden, so ist dies um so mehr bei seinem tätigen Mitwirken zur Nichtbefolgung des Gebotes gegeben. Der Angeklagte könnte sich von Strafe nur befreien, wenn er nachweist, daß er trotz Anwendung aller durch die väterliche Gewalt eingeräumten Mittel die Impfung nicht herbeiführen konnte. Diese Unmöglichkeit würde ihn jedoch dann nicht befreien, wenn sie die Folge seines bisherigen pflichtwidrigen Verhaltens gegenüber seiner Tochter und dem Gesetze wäre. (Urt. v. 21. März 1914, Rev.-Reg. 78/1914). Ed.

3338

III.

Wer ohne behördliche Genehmigung eine Brücke baut, ist nach dem Wassergesetze, nicht nach dem § 367 Nr. 15 StGB. strafbar. Das LG. nahm an, daß gegen den, der eine Brücke ohne die nach Art. 78 WG. erforderliche Genehmigung herstellt, nicht Art. 202 Nr. 2 WG., sondern § 367 Nr. 15 StGB. anzuwenden sei, da eine Brücke ein Bau i. S. der letzteren Vorschrift sei und darum die landesrechtliche Vorschrift des Art. 202 Nr. 2 WG. der reichsgesetzlichen Vorschrift zu weichen habe. Diese Anschauung erachtete das Revisionsgericht als irrig.

Aus den Gründen: Unter „polizeilicher Genehmigung“ i. S. des § 367 Nr. 15 StGB. ist nur eine baupolizeiliche Genehmigung zu verstehen, wie sie in § 6 BauO. vom 17. Februar 1901 / 3. August 1910 vorgesehen ist, nicht eine polizeiliche Genehmigung überhaupt. § 367 Nr. 15 StGB. bezweckt den Schutz der landesrechtlichen baupolizeilichen Vorschriften; das ist schon aus der Eigenschaft der als Täter bezeichneten Personen „Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker“ zu entnehmen und ergibt sich aus der Art der unter Strafe gestellten Tat: „Ausführen eines Baues ohne polizeiliche Genehmigung“ und „eigenmächtiges Abweichen von dem durch die Behörde genehmigten Bauplan“. Sie kann nur angewendet werden, wenn es sich um Bauten handelt, zu deren Ausführung eine baupolizeiliche Genehmigung nach Landesrecht vorgesehen ist. Der Tatbestand des § 367 Nr. 15 setzt den Mangel dieser Genehmigung oder ein Zuwiderhandeln voraus. Wann eine baupolizeiliche Genehmigung einzuholen ist, bestimmt allein die BauO. vom 17. Februar 1901 / 3. August 1910. Die Erlaubnis, von deren Einholung das WG. die Errichtung von Bauten oder Anlagen abhängig macht, hat nie die Bedeutung einer baupolizeilichen Genehmigung i. S. des § 367 Nr. 15 a. a. O., sondern stets den einer wasserpolizeilichen. Der Unterschied tritt klar hervor in dem Inhalte der Vollzugsvorschriften über die Behandlung und Verbescheidung der baupolizeilichen und wasserpolizeilichen Gesuche. Wenn eine Erlaubnis nach dem Wasserrechte vorgeschrieben ist, kann außerdem noch, wie eine gewerbepolizeiliche, so auch eine baupolizeiliche Erlaubnis in Frage kommen. In den Vorschriften über die Behandlung solcher Fälle ist zwischen der baupolizeilichen und wasserpolizeilichen Erlaubnis scharf unterschieden (s. § 51, § 106 Abs. 2, § 115 Abs. 3 VollzB. z. WG.). Zur Errichtung einer Brücke ist eine baupolizeiliche Genehmigung nicht erforderlich; denn sie ist kein Gebäude und keine bauliche Anlage i. S. der BauO. (Urt. v. 10. März 1914, Rev.-Reg. Nr. 64/1914). Ed.

3339

Oberlandesgericht Bamberg.

Der Verweisungsbeschluß nach § 697 ZPO. ist nicht gebührenpflichtig.[1]) Aus den Gründen: Der Verweisungsbeschluß des AG. ist ohne mündliche Verhandlung erlassen worden. Er ist keine gebührenpflichtige Entscheidung i. S. der §§ 18 Nr. 3 und 26 Nr. 1 oder 2 GKG. Daß die Vorschriften in Nr. 1 und 2 des § 26 GKG. auf einen Gerichtsbeschluß nach § 697² ZPO. nicht unmittelbar anzuwenden sind, ist selbst in dem Regierungsbescheid hervorgehoben, der durch die Gebührenrevision veranlaßt wurde. Der amtsgerichtliche Beschluß hat weder eine prozeßhindernde Einrede erledigt (§ 26 Nr. 1), noch von Amts wegen die Unzuständigkeit ausgesprochen (§ 26 Nr. 2). Das AG. überweist nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag einer Partei ohne Gehör des Gegners. Der Antrag kann mit dem Gesuch um Zahlungsbefehl verbunden werden, der Schuldner kann ihn beim Widerspruch anbringen und beide Teile können auch nachher auf Verweisung antragen. Ohne einen Antrag aber unterbleibt sie. Der Beschluß entscheidet nicht einen Streit über die Zuständigkeit. Unter den Parteien besteht kein Streit, wenn eine die Verhandlung der Sache vor dem gesetzlich zuständigen Landgerichte beantragt.

[1]) Siehe die gegenteilige Entscheidung des OLG. Augsburg in BayZfR. Jahrg. 1914 S. 175.



Der Verweisungsbeschluß nach § 697² ZPO. ist demnach regelmäßig formal, er entscheidet nicht sachlich.

Durch die Novelle vom 1. Juni 1909 wurde das Mahnverfahren außerordentlich begünstigt. Zweck des Gesetzes ist, dem Mahnverfahren möglichsten Eingang zu verschaffen und den Rechtsuchenden nahezulegen, daß sie von ihm auch in den Fällen möglichst häufig Gebrauch machen, die zur Zuständigkeit des LG. gehören. Dieser Absicht würde es zuwiderlaufen, wenn die einfache Maßnahme des Ueberweisungsbeschlusses, die doch nur einen rein formalen Ausspruch enthält, der ⁵/₁₀-Gebühr des § 26 GKG. unterworfen sein sollte und wenn so das Mahnverfahren erheblich verteuert würde. Eine solche Verteuerung würde es erschweren, nicht vereinfachen und erleichtern; sie kann deshalb nicht gewollt sein. Würde der Ueberweisungsbeschluß mit der ⁵/₁₀-Gebühr zu bewerten sein, so müßte dies die Partei davon abhalten, einen Antrag nach § 697² ZPO. zu stellen, ein Ergebnis, das mit der sonstigen Absicht des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen ist. Daß der Verweisungsbeschluß nach § 697² ZPO. nicht widerruflich ist, nimmt ihm nicht die Eigenschaft einer nur prozeßleitenden Anordnung und er wird deswegen auch nicht zu einer sachlichen Entscheidung, da er ja in der Sache selbst nichts entscheidet. Der Verweisungsbeschluß enthält auch keine Entscheidung über einen Nebenstreitpunkt. Er geht auf den Anspruch nicht ein, er spricht auf Wunsch der Partei nur aus, daß das ordentliche Prozeßverfahren bei dem AG. nicht weiter geführt werden kann, sondern daß der Rechtsstreit nach der im Gesetze geordneten Zuständigkeit (§ 23¹ GVG.) bei dem LG. zu verhandeln ist. Hienach kann auch eine entsprechende Anwendung des § 26 GKG. nicht in Frage kommen. Es fehlt an einer ausdrücklichen Bestimmung des GKG., durch welche die Erhebung einer besonderen Gebühr vorgesehen wäre. Eine solche Gebühr kann daher nicht erhoben werden (OLGRspr. 27 S. 128, 129 und BayZfR. 1913 S. 366). (Beschl. vom 20. März 1914). H.

3336

Oberlandesgericht Nürnberg.

Kosten des Verfahrens bei Zurücknahme des Antrags auf einstweilige Verfügung wegen Veränderung der Umstände. Befugnis des Bezirksamts zur staatsaufsichtlichen Prüfung gemeindlicher Verträge auf Lieferung von elektrischem Strom? (§§ 271, 93 ZPO.; Art. 1, 159, 112 GemO.). Aus den Gründen: 1. Die Zurücknahme des Antrags auf einstweilige Verfügung wegen Veränderung der Umstände steht nicht der Zurücknahme einer Klage gleich, sie hat darum auch nicht die im § 271 ZPO. vorgesehene Folge, daß der Antragsteller die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Vielmehr ist zunächst § 93 ZPO. entsprechend anzuwenden, da der Antragsteller den Antrag zur Hauptsache zurückgezogen hat, sobald er die Veränderung der Umstände erfuhr. Es würden hienach die Kosten dem Antragsgegner zur Last fallen. Voraussetzung hierfür wäre aber, daß ursprünglich dem Antragsteller die rechtliche Befugnis zum Antrag auf einstweilige Verfügung zugestanden hätte. Dies ist zu verneinen, mithin fallen dem Antragsteller selbst gemäß § 91 ZPO. die Kosten des ersten Rechtszugs und damit auch die Kosten der Berufung des Antragsgegners zur Last.

2. Das Bezirksamt war nicht zuständig, in dem Vertrage des Antragsgegners über die Lieferung des elektrischen Stroms an die Gemeinde D. einzelne Bedingungen von Staatsaufsichts wegen zu streichen. Es gibt keine gesetzliche Vorschrift, die diese in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden einschneidende Befugnis erteilt. Nach Art. 1 GemO. ist den Gemeinden „das Recht der Selbstverwaltung nach Maßgabe der Gesetze" gewährleistet. Soweit nicht das Gesetz ausdrücklich eine Beschränkung festsetzt, ist ihnen also gleich den übrigen juristischen Personen des BGB. auch auf bürgerlich-rechtlichem Gebiete die Rechtsfähigkeit volljähriger natürlicher Personen gesichert, mithin auch Vertragsfreiheit. Eine Gemeindekuratel, wie sie noch das bis 1869 in Bayern gültige Gemeindeedikt (in § 21) kannte, ist der GemO. nicht mehr bekannt. Zwar findet sich die Auffassung, daß eine Gemeinde freiwillig einer staatlichen Stelle eine Art Kuratel einräumen könne, indem sie die Wirksamkeit ihrer Handlung von einer Genehmigung abhängig macht, wo staatsaufsichtliche Genehmigung an sich nicht nötig wäre (vgl. Fischer, Bayer. GemO., 4. Aufl. der GemO. von Lindner-Hauck). Hier sind aber keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß die Gemeinde D. ihren Vertrag einer solchen Staatskuratel freiwillig unterstellt, also die staatsaufsichtliche Genehmigung gleichsam als Vertragsbedingung gewollt hatte. Im Gesetze findet sich der Umfang der Staatsaufsicht über die Gemeinden in den Art. 154—169 GemO. festgestellt; hier käme nur etwa Art 159 Abs. I Nr. 5 in Betracht. Hiernach sind die Gemeinden an die Genehmigung gebunden „bei Gründung von Gemeindeanstalten, aus welchen der Gemeinde eine dauernde Haftungsverbindlichkeit erwächst, und bei Uebernahme einer solchen Verbindlichkeit für sonstige Anstalten". Unter den Begriff der Gemeindeanstalten i. S. des Art. 159 wie des Art. 112 Abs. I Nr. 5 fallen allerdings Elektrizitätswerke (VGH. 28, 80). Indes handelt es sich in den Verträgen nicht um die Gründung von Elektrizitätswerken für die Gemeinden, sondern nur um das Recht, die gemeindlichen Wege, Straßen, Plätze, Brücken zur Verlegung von ober- und unterirdischen Leitungen zu benützen, wogegen die Gemeinde sich und den Hausbesitzern einen möglichst günstigen Stromtarif sichert. Mag man selbst öffentliche Wege zu den Gemeindeanstalten im weiteren Sinne zählen (VGH. 8, 17 und Kahr, GemO. [1.] Fußn. 13 zu Art. 47 im Gegensatz zu BlAdmPr. 57, 53), so war auch unter diesem Gesichtspunkte keine staatsaufsichtliche Genehmigung geboten. Auch die Bek. des StM. des Innern vom 21. Mai 1908, betr. Beratung für elektrische Anlagen, und vom 8. Juni 1910, betr. elektrische Ueberlandzentralen (MABl. 1908, 261 und 1910, 391) lassen nur den Schluß zu, daß auch die Staatsregierung die staatsaufsichtliche Genehmigung zu solchen Verträgen nicht für nötig erachtet. In jenen Bekanntmachungen ist immer nur davon die Rede, daß den Gemeinden etwas „dringend empfohlen" oder „nahegelegt" wird, den Bezirksämtern aber aufgetragen wird, „in diesem Sinne zu wirken". Die neueste Entschließung des StM. des Innern vom 6. Februar 1913 (a. a. O. 1913, 147), betr. die Elektrizitätsversorgung auf dem Lande, die der Bildung privater, auch genossenschaftlicher Ueberlandwerke nach Kräften entgegentritt, weist die Bezirksämter nur an, „durch Aufklärung und Belehrung dahin zu wirken, daß die Gemeinden genossenschaftlichen Bestrebungen auf diesem Gebiete keinen Vorschub leisten" und „den Gemeinden eine zuwartende Stellung anzuraten", bis die Verhandlungen mit den größeren Ueberlandwerken zu einem der Staatsregierung erwünschten Abschluß gelangt seien. (Urt. des I. ZS. vom 17. Januar 1914, L 379/13). B—r.

3310

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte.

Die Verwaltungsbehörden **sind zur Entscheidung über einen Anspruch aus dem Kirchen- und Pfarrverband auch dann zuständig, wenn der Kläger ausdrücklich erklärt, seinen Anspruch nicht aus diesem Verbande, sondern aus einem privatrechtlichen Vertrag abzuleiten.** Aus den Gründen: Durch den sog.

Scharlgarten in B. führte seit langen Jahren ein Fußweg über eine an der südöstlichen Ecke der Friedhofmauer angebrachte Stiege zum Friedhof und zur Kirche. Am 18. Januar 1903 beschloß die Kirchenverwaltung B., die verfallene Stiege sollte nicht mehr erneuert und die Oeffnung in der Mauer geschlossen werden. Eine Versammlung der Angehörigen der Kirchengemeinde und der Grabschaft B. genehmigte am 25. Januar 1903 den Beschluß unter der Bedingung, daß der seitherige Weg durch den Scharlgarten an der Nordseite neben der Pfarrergasse einen Meter breit angelegt werde. In einer Versammlung der Kirchenverwaltung vom 1. Juni 1903 erklärte der als Vertreter der Ortschaften H., T. und R. zugezogene Bauer S., sich mit der Anlegung des am 25. Januar beschlossenen nur einen Meter breiten Weges begnügen zu wollen, und die Kirchenverwaltung sicherte zu, an der Nordostecke des Friedhofs eine neue Oeffnung in die Mauer brechen und dort als Fortsetzung des Weges eine Stiege anlegen zu lassen. Allein das geschah nicht, wohl aber wurde der alte Aufgang zugemauert. Am 12. August 1911 erhoben die 22 durch RA. H. vertretenen „Grabschafts- und Kirchengemeindeangehörigen von B." Klage gegen die dortige Kirchenstiftung zum AG. E. und beantragten, die Beklagte schuldig zu sprechen den früheren Aufgang wieder herzustellen oder einen neuen entsprechend dem Beschluß vom 1. Juni 1903 zu errichten. Das AG. wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ab; die Berufung wurde aus dem gleichen Grunde zurückgewiesen. Nun stellten die Kläger den nämlichen Antrag bei dem Bezirksamt. Sie erklärten, die Herstellung der Stiege nicht als Kirchengemeindemitglieder — nicht auf Grund des Kirchen- oder Pfarrverbandes — zu beanspruchen, auch nicht aus einer allgemeinen Benützungsbefugnis ihr Recht abzuleiten; sie hätten vielmehr einen privatrechtlichen Anspruch auf Grund des Vertrags zwischen der Kirchenstiftung und den durch den Bauern S. vertretenen Personen. Da die Gerichte die Zulässigkeit des Rechtsweges verneint hätten, müßten sie die Verwaltungsbehörden um Abhilfe angehen. Bezirksamt und Kreisregierung erklärten sich gleichfalls für unzuständig. Nach Art. 10 Ziff. 13 VGHG. liege bei Ansprüchen und Verbindlichkeiten aus dem Kirchen- und Pfarrverband eine Verwaltungsstreitsache vor. Hier aber sei der Anspruch gegen die Kirchenstiftung nicht aus diesem Verband abgeleitet. Der Anspruch auf eine bestimmte Art der Benützung eines der Kirchenstiftung gehörigen Friedhofs könne unter Umständen auch auf ein Rechtsverhältnis des bürgerlichen Rechtes gegründet werden. Das sei hier geschehen und dürfe bei der Prüfung der Zuständigkeit nicht außer acht gelassen werden. Wenn jemand einen Anspruch aus dem Kirchen- oder Pfarrverbande nicht erheben wolle, wie dies hier erklärt worden sei, könne man ihm einen solchen auch nicht aufdrängen.

Maßgebend ist die Natur des behaupteten Rechtsverhältnisses, nicht die behauptete Natur des Rechtsverhältnisses. Auch der behauptete Rechtstitel ist für sich allein nicht entscheidend, sofern er seiner Art nach sowohl dem bürgerlichen als dem öffentlichen Recht angehören kann. Die tatsächliche Unterlage für die Entscheidung bildet das Vorbringen des Klägers (v. Seydel, BayStR. (3) 1, 416 mit Anm. 11 und 12; Reger-Dyroff, VGHG. Anm. 1a und b zu Art. 13; KompKGH. Erk. vom 3. Juli 1901, Samml. S. 271; VGH. 14, 109; 17, 285; 18, 282). Hier gründet sich die Klage in tatsächlicher Beziehung auf die Beschlüsse der Kirchenverwaltung und der Kirchengemeindeversammlung vom 18. Januar, 25. Januar und 1. Juni 1903; sie erblickt in dem Ergebnis eine zwischen den Kirchengemeindeangehörigen und Grabschaftsbesitzern einerseits und der Kirchenverwaltung andererseits zustande gekommene Einigung, auf Grund deren die Kläger als Teilnehmer der Vereinbarung entweder die Wiederherstellung des früheren Zustandes oder die Ausführung des Beschlusses vom 1. Juni 1903 fordern könnten. Der „seit unvordenklicher Zeit" über den Scharlanger führende Fußweg, an dessen Ende die Stiege in die Kirchhofmauer mündete, wird als ein den Klägern „von jeher als Kirchenweg" dienender Steig bezeichnet. Diese Begründung des Klaganspruchs führt dazu, das streitige Rechtsverhältnis als dem öffentlichen Rechte angehörend zu erachten. Es handelt sich um den Zugang zum kirchlichen Friedhof und zur Kirche, also um die Benützung kirchlicher Anstalten und Einrichtungen (KirchengemO. Art. 12). Das Recht auf diese Benützung beanspruchen die Kläger als Kirchengemeindeangehörige und Grabschaftsbesitzer; sie leiten es also aus ihrer Zugehörigkeit zum Kirchen- und Pfarrverband ab. Ansprüche solcher Art fallen aber unter die in Art. 10 Ziff. 13 VGHG. in erster Reihe aufgeführten Angelegenheiten (Reger-Dyroff a. a. O. Anm. 5 zu Ziff. 13; VGH. 13, 543). Daß die Kläger sich auf einen Vertrag berufen, kann an der Natur des Rechtsverhältnisses nichts ändern; denn der Rechtstitel des Vertrags gehört nicht nur dem bürgerlichen Recht an, sondern ebensogut dem öffentlichen Rechte (VGH. 18, 282). Belanglos ist auch der Hinweis der Kläger darauf, daß die zu ihren Gunsten von der Kirchenstiftung eingegangene Verpflichtung sich auf ein Privatrecht, das Eigentum der Kirchenstiftung, beziehe. Die Beschlüsse der die Kirchenstiftung und die Kirchengemeinde vertretenden Organe geben genügend zu erkennen, daß diese Körperschaften dabei nicht als Privatrechtssubjekte gehandelt und Verbindlichkeiten übernommen haben, sondern als die berufenen Hüter von Einrichtungen und Anstalten, die kirchlichen Zwecken und Bedürfnissen dienen (KompKGH. Erk. vom 19. April 1884, Samml. S. 83). Die Kläger haben sich zwar dagegen verwahrt einen Anspruch des öffentlichen Rechts zu verfolgen und ausdrücklich einen privatrechtlichen Anspruch behauptet. Allein nicht die rechtliche Auffassung des Klägers, nicht die Bezeichnung des Anspruchs in der Klage ist für die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheidend, sondern allein die Natur des erhobenen Anspruchs (RG. in JW. 1909 S. 690 Nr. 20). (Erk. vom 30. März 1914, Reg. f. KK. Nr. 73). E.

3340

Bücheranzeigen.

Oberhäuser, Aug., Prokurist der Weingroßhandlung Eckel & Cie., München, Weingesetz vom 7. April 1909 mit den gesamten Materialien und den Ausführungsbestimmungen des Bundesrates. Mit einem Anhang, enthaltend 1. Die Materialien zur Reblausgesetzgebung und über die Bekämpfung der Rebschädlinge, 2. Bibliographie über das Werden und Wesen des Weines und die Weingesetzgebung. 92 S. München 1914, Gustav Lammers. Kart. Mk. 1.50.

Das Büchlein enthält den Text des Weingesetzes und der Bundesratsbekanntmachung vom 9. Juli 1909 (ohne die Anlagen), Hinweise auf die Reichstagsverhandlungen usw. und einige hundert Titel von Kommentaren und einschlägigen Abhandlungen, teils nach Stoffen, teils nach Jahrgängen, teils alphabetisch geordnet. Das Werkchen ist eine fleißige Zusammenstellung. Es enthält keine Erläuterungen, auch nicht etwa die Materialien selbst, sondern nur Angaben, wo diese zu finden sind, worauf ausdrücklich hingewiesen sei, da dies aus dem Titel nicht deutlich ersichtlich ist.

München. Landgerichtsrat Zoeller.

Krech, Dr. Johannes, Kais. Geh. Regierungsrat, Grundbuchordnung vom 24. März 1897. 4. Aufl. VIII, 158 S. München 1914 (C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Oskar Beck). Gebd. Mk. 1.50.

Die neue von Landrichter Fritz Krech in Naum-

burg a. S., dem Sohne des bisherigen Herausgebers, bearbeitete Auflage weist die alten Vorzüge auf und bedarf an sich keiner Empfehlung mehr. Sie ist nach dem neuesten Stande der Reichs- und Landesgesetzgebung und der Rechtsprechung ergänzt und um 25 Seiten stärker geworden. In der den Erläuterungen vorausgeschickten Zusammenstellung der in sämtlichen deutschen Bundesstaaten zu der Grundbuchordnung erlassenen Verfügungen der Landesjustizverwaltungen hätten bei Bayern auch die Bek. vom 2. November und 30. Dezember 1910 (JMBl. 1910 S. 983, 1911 S. 40) und die Bek. vom 16. November 1911 (JMBl. S. 345), bei Württemberg die Verfügung vom 2. Januar 1913 (JMBl. S. 1) Aufnahme finden sollen; die letzte Verfügung hätte auch bei § 3 GBO. erwähnt werden sollen.

München. Ministerialrat H. Schmitt.

Ueberreiter, Dr. jur. Franz Joseph, Die rechtlichen Verhältnisse der Ortsstraßen, besonders in Bayern. 2. Auflage. Verlag Gebrüder Memminger, G. m. b. H. in Würzburg. Preis Mk. 2.—.

Es handelt sich um die Dissertationsschrift des jetzigen Bürgermeisters von Weilheim und Landtagsabgeordneten Dr. Ueberreiter, die in zweiter Auflage erscheint. Das Büchlein bietet eine gute Uebersicht der Literatur über das Straßenrecht der größeren deutschen Bundesstaaten. Das eigentliche Thema nimmt aber einen verhältnismäßig kleinen Raum ein und ist nicht tief und erschöpfend genug behandelt. Besonders zu bedauern ist es, daß die zweite Auflage ein unveränderter Neudruck der vor etwa 7 Jahren erschienenen ersten Auflage ist und daß sie nicht nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung umgearbeitet wurde. Der Praktiker vermißt insbesondere die Berücksichtigung der Novelle zur Bauordnung vom 3. August 1910 und eine nähere Behandlung der Rechtsprechung des VGH. über die Bahnhofzufahrtstraßen und über die Bereitstellung der Distrikts- und Gemeindewege für den staatlichen Automobilverkehr. Immerhin bietet die Schrift gerade in Bayern, wo die gesetzliche Regelung des Straßenwesens immer dringender wird, für den Verwaltungsbeamten und Politiker eine Fülle von Anregungen und eine reiche Fundgrube von wissenschaftlichem und gesetzgeberischem Material. W.

Doerr, Dr. Friedrich, Deutsches Kolonialstrafprozeßrecht. VII, 185 S. Leipzig 1913 (C. L. Hirschfeld).

Eine klar und übersichtlich geschriebene systematische Darstellung, die wegen des Vergleichs mit den Prozeßvorschriften des Mutterlandes auch für den von Wert ist, der sich mit den kolonialrechtlichen Vorschriften nicht amtlich zu befassen hat. —f—

Eichelsbacher, Dr. iur. et rer. pol., Franz, Der Zwang zu religiöser Betätigung in Familie und Schule. 2. Auflage. Verlag Gebrüder Memminger, G. m. b. H. in Würzburg. Preis Mk. 2.—.

Der Verfasser behandelt die Frage der religiösen Kindererziehung nach bayerischem Staatsrecht in angenehmer und anregender Form. Er sucht den Nachweis zu führen, daß die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nur die äußerliche Zugehörigkeit zu einer Konfession regeln wollen, daß man daraus aber keinen Zwang zu irgendwelcher religiöser Betätigung ableiten könne und dürfe. Er stellt als Hauptgrundsatz die verfassungsmäßig gewährleistete Gewissensfreiheit in den Vordergrund und lehnt daraus jeden staatlichen Zwang auf religiöse Betätigung ab, soweit nicht eine besondere Verfassungsbestimmung selbst den Grundsatz der Gewissensfreiheit durchbricht. In dem jetzigen Streite um den freireligiösen Unterricht ist die Schrift von großem Interesse. Wenn man auch den Gedankengängen nicht überall folgen will, so ist doch die gewandt und ohne Beziehung zu dem Tagesstreit gehaltene Schrift ungemein anregend und geeignet, über die gesetzlichen und oberstrichterlichen Grundlagen der herrschenden Praxis aufzuklären. W.

Kleinfeller, Georg, o. ö. Professor der Rechte an der Universität Kiel. Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. Für das akademische Studium. 226 S. Berlin 1912, Franz Vahlen. Mk. 4.50, geb. Mk. 5.40.

Als ein Leitfaden des deutschen Konkursrechts kann die Schrift empfohlen werden; den Anforderungen an ein Lehrbuch würde sie nicht genügen. Ein Lehrbuch ist Hellmanns Werk (1907); freilich wird es von den Studierenden ebenso selten durchgearbeitet werden wie Hellwigs Lehrbuch für das Zivilprozeßrecht. Mit Bedacht bietet Kleinfeller nur eine Uebersicht über den sehr ausgedehnten Stoff und seine zerstreuten Quellen, sowie eine Einführung in die Grundfragen des Konkursrechts. Dazu war er durch seine bisherige Arbeit als Kommentator der KO. besonders berufen. Auf den Inhalt einzugehen, fehlt der Raum. Es genüge die Bemerkung, daß Kleinfeller im Konkursverwalter den gesetzlichen Vertreter des Gemeinschuldners sieht (S. 24 f.). Die Begründung ist aber nicht überzeugend. Kleinfeller verkennt die Schwierigkeit nicht, die sich für seine Anschauung ergibt, wenn der Gemeinschuldner mit dem Konkursverwalter darüber streitet, ob ein Gegenstand zur Masse oder zum konkursfreien Vermögen gehört. Die Lösung findet auch er nur darin, daß „hier der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner als Partei kraft eigenen Rechts gegenüber" steht!

Jena. Rechtsanwalt Dr. Böckel.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Das Gesetz über die Folgen der Verhinderung wechsel- und scheckrechtlicher Handlungen im Ausland vom 13. April 1914 wird im RGBl. Nr. 21 auf S. 107 veröffentlicht. Es wurde veranlaßt durch die gesetzlichen „Moratorien", die 1912 in den Balkanstaaten wegen der Kriegsereignisse erlassen wurden. Man wurde dadurch auf die Gefahr aufmerksam, daß die Rückgriffsrechte des Gläubigers gegen die Vorindossanten und gegen den Aussteller verloren gehen können, wenn infolge eines Moratoriums in einem ausländischen Staate ein Wechsel oder Scheck nicht rechtzeitig vorgelegt oder protestiert werden kann. Dieser Gefahr kann nach dem Gesetze vom 13. April 1914 künftig durch Kaiserliche mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassende Verordnungen vorgebeugt werden. Die Verordnung kann gestatten, daß die versäumte wechsel- oder scheckrechtliche Handlung unverzüglich nach Wegfall des Hindernisses nachgeholt wird, (also die Frist für die Vornahme der Handlung verlängern); sie kann aber auch bestimmen, daß nach einer gewissen Frist Rückgriff genommen werden darf, ohne daß die Handlung vorgenommen zu werden braucht.

3341

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 11. München, den 1. Juni 1914. 10. Jahrg.

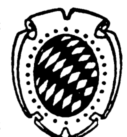
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Straferlaß und Strafmilderung im Dienststrafverfahren des bayerischen Beamtengesetzes.

Von Ministerialrat Dr. Max Reindl in München.

Unter dieser Ueberschrift hat Oberpostinspektor Korzendorfer in Nr. 10 dieses Jahrgangs (S. 201) Darlegungen veröffentlicht, die mir in vielen Punkten nicht zutreffend, in manchen auch recht bedenklich erscheinen. Die praktische Bedeutung der Frage mag es rechtfertigen, auf die Ausführungen Korzendorfers näher einzugehen.

1. Korzendorfer meint, in dem Beamtengesetze sei, abgesehen von der Vorschrift in Art. 110 Abs. 3, nirgends eine Bestimmung dahin enthalten, daß eine rechtskräftige Dienststrafe gemildert oder erlassen werden könne. Aus dem Fehlen einer solchen Bestimmung dürfe man aber nicht den Schluß ziehen, daß alle rechtskräftigen Dienststrafen auch vollzogen werden müßten und für einen Gnadenakt des Königs kein Raum wäre. Bis hierher stimme ich ihm zu. Wenn er aber dann weiter die Ansicht vertritt, dieses Recht des Königs, die „Disziplinargerichtsstrafen" — richtiger Dienststrafen überhaupt — zu mildern oder aufzuheben, sei kein Teil des ihm sonst zustehenden Begnadigungsrechts, sondern sei begründet in der „dem Staatsoberhaupt zustehenden Dienstgewalt", so kann ich ihm hierin nicht folgen. Die Begründung dieses Satzes hat er sich erlassen und sie kann auch nicht durch seine, lediglich eine petitio principii enthaltende Behauptung ersetzt werden, daß an diesem Recht durch das BG. nichts geändert worden sei, weil seine Aufgabe im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen worden sei. Ich gestehe, daß mir für diese Lehre von dem Inhalt der „Dienstgewalt" das rechte Verständnis fehlt.

Die Dienstgewalt ist die durch den Abschluß des öffentlichrechtlichen Dienstvertrages für den Dienstherrn, d. h. den Staat, vertreten durch den König, über den Staatsdiener begründete Gewalt. Diese Dienstgewalt reicht nicht weiter, als sie sich aus der Natur des Dienstvertrages und aus den gesetzlichen Bestimmungen ergibt. Ein Ausfluß dieser Dienstgewalt ist die Dienststrafgewalt. Aber auch eine solche hat der König gegenüber dem Beamten nur, soweit als sie durch das Gesetz nicht beschränkt und besonderen Gerichten übertragen ist. Er kann daher die von den Gerichten kraft ihrer gesetzlichen Befugnisse verhängten Dienststrafen auch nur soweit ändern oder aufheben, als ihm dies durch Gesetz ausdrücklich eingeräumt ist. Denn an das Gesetz ist auch der König gebunden und der verfassungsmäßig beschränkte Herrscher hat ein Gnadenrecht nur da, wo, und in den Grenzen, in welchen es ihm gesetzlich beigelegt ist (vgl. Seydel 2. Aufl. Bd. II S. 589 Anm. 8). In keiner gesetzlichen Vorschrift ist aber ein derartiger Inhalt der Dienstgewalt festgesetzt. Der König kann also nicht „kraft seiner Dienstgewalt" die von den Disziplinargerichten verhängten Dienststrafen einfach erlassen oder in eine mildere Strafe umwandeln.[1]) Damit wäre die durch die Einrichtung der Disziplinargerichte erfolgte gesetzliche Beschränkung der Dienstgewalt des Königs wieder illusorisch gemacht. Im übrigen tritt mit der Rechtskraft des auf Dienstentlassung lautenden Disziplinarurteils der Verlust des Amtes und aller aus dem Beamtendienstverhältnisse sich ergebenden Rechte von selbst kraft Gesetzes ein (vgl. meinen Kommentar S. 520, 521, 683,

[1]) Der König kann nicht einmal nach Erlassung des Verweisungsbeschlusses „kraft seiner Dienstgewalt" die Zurücknahme des Antrags auf Einleitung des Disziplinarverfahrens verfügen, wenn der Beschuldigte nicht ausdrücklich zustimmt (Art. 151 Abs. 2 BG.). Dies scheint Korzendorfer zu übersehen, wenn er ausführt, daß die Behörde bis zur Erlassung des Urteils der Disziplinarkammer den Antrag zurücknehmen kann.

684), so daß mit diesem Augenblicke auch die Dienstgewalt über den Beamten von selbst ihr Ende erreicht hat. Es kann daher in diesem Falle auch kein Recht auf Erlaß oder Milderung der Strafe aus der gar nicht mehr bestehenden Dienstgewalt abgeleitet werden.

Würde sich das Recht, Dienststrafen im Wege der Gnade zu erlassen oder zu mildern, schon aus der Dienstgewalt des Herrschers über den Beamten ergeben, so wäre auch nicht verständlich, warum dieses Recht in § 118 des Reichsbeamtengesetzes dem Kaiser, der doch die gleiche Dienstgewalt über die Reichsbeamten hat wie der König über die Staatsbeamten, noch ausdrücklich eingeräumt wurde.

Kann somit das Recht des Königs, gegenüber Dienststrafen Gnade zu üben, nicht schon aus seiner „Dienstgewalt" abgeleitet werden, so muß man einen anderen Rechtsgrund hiefür suchen. Und dieser Rechtsgrund kann nur in Tit. VIII § 4 VerfUrk. gefunden werden. Hiernach kann der König „in strafrechtlichen Sachen Gnade erteilen, die Strafe mildern oder erlassen". Diese Anschauung wird von mir (Kommentar S. 581 Anm. 3 und 4, S. 684 Bem. 4) und von Piloty (Bayer. Staatsrecht Bd. I S. 808 und Anm. 108 daselbst) vertreten. Korzendorfer wendet dagegen ein, sie widerspreche der auch von mir vertretenen Lehre, daß Dienststrafrecht und allgemeines Strafrecht nichts miteinander zu tun hätten, und sie könne auch nicht, wie ich getan habe, mit dem Hinweis auf den Umstand begründet werden, daß das Minister-Verantwortlichkeitsgesetz die Begnadigung ausschließe; denn zur Zeit der Erlassung dieses Gesetzes im Jahre 1848 sei das Disziplinarrecht vom Kriminalrecht „noch nicht so scharf" getrennt gewesen wie heute und es sei zudem „sehr wahrscheinlich", daß der Gesetzgeber des Jahres 1848 das Minister-Verantwortlichkeitsgesetz für ein Gesetz „strafrechtlicher Natur" gehalten und deshalb mit dem Begriffe der Begnadigung „gearbeitet" habe.

Was Korzendorfer hier einwendet, ist zunächst nicht richtig; wäre es aber richtig, so würde es gerade das Gegenteil von dem beweisen, was er damit dartun will.

Schon das Staatsdieneredikt der IX. VerfBeil. weiß wohl zu unterscheiden zwischen „Disziplinarstrafen" und den „wegen eines gemeinen Verbrechens erkannten Kriminalstrafen" (§ 9 der IX. VerfBeil.) und Art. XIII Ziff. 1 des Minister-Verantwortlichkeitsgesetzes sagt ausdrücklich, daß durch das Verfahren vor dem Staatsgerichtshof, in dem die in Art. IX bezeichneten Strafen der Dienstentlassung und der Dienstentsetzung ausgesprochen werden können, die „zuständige Wirksamkeit der ordentlichen Gerichte bezüglich der etwa konkurrierenden gemeinen oder Amtsverbrechen oder Vergehen" nicht ausgeschlossen werde. In beiden Gesetzen ist also zwischen Disziplinarrecht und allgemeinem Strafrecht schon „scharf" unterschieden, und woher Korzendorfer seine Wissenschaft darüber schöpft, daß der Gesetzgeber des Jahres 1848 das Minister-Verantwortlichkeitsgesetz „sehr wahrscheinlich" für ein Gesetz „strafrechtlicher Natur" gehalten habe, weiß ich nicht; jedenfalls hat er für eine solche „Wahrscheinlichkeit" nicht den mindesten Beweis erbracht.

Hat aber das Minister-Verantwortlichkeitsgesetz die in Art. IX bezeichneten Dienststrafen ausdrücklich von den wegen der gleichen Handlung etwa verwirkten kriminellen Strafen unterschieden und hat es weiter wegen dieser in Art. IX vorgesehenen Dienststrafen das Recht des Königs zur Begnadigung ausdrücklich ausgeschlossen, so muß es der Ansicht gewesen sein, daß dem König das Recht der Begnadigung an sich auch hinsichtlich der Dienststrafen zustehe, daß also in Tit. VIII § 4 VerfUrk. unter „strafrechtlichen Sachen" nicht bloß kriminelle, sondern auch Dienststrafsachen zu verstehen seien. Dieser Schluß ist m. E. so zwingend, daß man darüber nicht hinwegkommen kann. Nicht darauf aber, ob Dienststrafrecht und allgemeines Strafrecht voneinander verschiedene Gebiete sind, und auch nicht darauf, ob heute mehr oder minder scharf als früher zwischen diesen beiden Gebieten unterschieden wird, sondern darauf, was Tit. VIII § 4 VerfUrk. unter „strafrechtlichen Sachen" verstanden wissen will, kommt es allein an; und in dieser Hinsicht kann m. E. kein Zweifel bestehen. Im übrigen spricht für die Ansicht, daß nach dem Sprachgebrauch des Tit. VIII § 4 VerfUrk. der Ausdruck „strafrechtliche Sachen" auch die dienststrafrechtlichen Sachen umfasse, auch noch die Ausdrucksweise in Tit. VII § 26 VerfUrk. in der Fassung des Gesetzes vom 6. Juli 1908 (GVBl. S. 352), also eines Gesetzes aus einer Zeit, wo man gewiß schon „so scharf wie heute" zwischen Disziplinarrecht und allgemeinem Strafrecht unterschieden hat. Nach diesem Gesetze darf während der Versammlung des Landtags ohne Einwilligung der betreffenden Kammer gegen ein Mitglied des Landtags eine „Strafverfolgung" weder eingeleitet noch fortgesetzt werden. Daß hier unter „Strafverfolgung" auch die Verfolgung im Dienststrafverfahren zu verstehen sei, ist in der Begründung des Gesetzentwurfes und in den Verhandlungen der gesetzgebenden Körperschaften hierüber ausdrücklich festgestellt (s. Verh. AbgK. 1908 Beil.-Bd. III S. 279 und StenB. Bd. V S. 81, Verh. der ReichsRK. 1908 StenB. Bd. I S. 463, 464 und meinen Kommentar S. 582 Bem. 7) und auch in der Praxis der Disziplinargerichte bereits anerkannt worden.

Selbst wenn es aber richtig ist, was Korzendorfer behauptet, daß nämlich zur Zeit der Erlassung der Verfassungs-Urkunde und des Minister-Verantwortlichkeitsgesetzes zwischen Dienststrafrecht und allgemeinem Strafrecht noch nicht so scharf unterschieden wurde und demnach die Dienststrafsachen noch als eine Art krimineller Strafen an-

gesehen wurden, so würde daraus doch logischerweise zu folgern sein, daß eben auch Tit. VIII § 4 VerfUrk. unter „strafrechtlichen Sachen" auch die „dienststrafrechtlichen Sachen" mitverstanden wissen wollte. Die Beweisführung Korzendorfers spricht demnach gerade gegen und nicht für seine Auffassung.

Hiernach kann also der König kraft des ihm in Tit. VIII § 4 VerfUrk. eingeräumten Begnadigungsrechts jede Dienststrafe erlassen oder mildern, demnach eine Geldstrafe[2]) ganz oder teilweise erlassen, eine Strafversetzung erlassen oder auf eine mildere Strafe — auf Geldstrafe oder bei Degradierung auf einfache Strafversetzung — zurückführen, endlich die Strafe der Dienstentlassung erlassen oder in Strafversetzung (in ihren beiden Formen) oder in Geldstrafe umwandeln. Dagegen ist das Begnadigungsrecht bei Dienstentlassung insoferne eingeschränkt, als durch Art. 110 Abs. 3 BG. eine bloße Milderung der Wirkungen der Entlassung in bezug auf Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung nur in den im Gesetze ausdrücklich zugelassenen Fällen und in dem vom Gesetze ausdrücklich zugelassenem Maße stattfinden darf (s. meinen Kommentar S. 528, Piloty Bd. I S. 808, 809 und Anm. 109 daselbst). Daß diese Beschränkung eine Einschränkung des Begnadigungsrechts und nicht, wie Korzendorfer meint, eine Beschränkung der dem König zustehenden Dienstgewalt ist, ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen von selbst.[3])

2. Neben dem Rechte des Königs, Dienststrafen zu erlassen oder zu mildern, nimmt Korzendorfer auch noch für die Verwaltungsbehörden die Befugnis in Anspruch, „die Wirkungen der Dienststrafen durch ihre Maßnahmen wieder aufzuheben". Zwar müßten, so meint er, die Verwaltungsbehörden die Urteile der Disziplinargerichte vollziehen.[4]) Da aber die Urteile keinerlei Zeitbestimmung darüber enthielten, wie lange ihre Folgen bestehen sollen, so könnten die Behörden den Bestraften wieder befördern, ihn wieder auf seine frühere Amtsstelle zurückversetzen, einen Entlassenen wieder aufnehmen. Diese Verfügungen seien keine Gnadenverfügungen der Verwaltungsbehörden, sie dürften deshalb vorgenommen werden, weil sie durch das Gesetz nicht ausdrücklich verboten seien und weil durch den Vollzug der Strafe die Strafmacht für den einzelnen Fall aufgebraucht sei und die Verwaltungsbehörde dem Beamten gegenüber wieder ihre uneingeschränkte Verfügungsgewalt erhalte. Freilich würden — so fügt er einschränkend hinzu — die Behörden aus Gründen der Dienstzucht solche Verfügungen „nicht alsbald" nach Erlassung der Urteile treffen; seien diese Urteile doch auf ihren Antrag hin erlassen worden.

An diesen Ausführungen ist manches Wahre, aber auch viel Irrtümliches; ihre Schwäche liegt darin, daß sie das Wesen und die Wirkung der einzelnen Disziplinarstrafen nicht genügend auseinanderhalten und daß sie endlich die Ausübung des den Verwaltungsbehörden zustehenden Rechts der Ernennung, Versetzung und Beförderung der Beamten mit dem Rechte der Strafmilderung oder Strafaufhebung in einen unzulässigen Zusammenhang bringen.

Unrichtig ist zunächst schon der allgemeine Satz, daß „die Wirkungen der Dienststrafen (richtiger Disziplinarstrafen) durch Maßnahmen der Verwaltung wieder aufgehoben werden können". Selbst wenn nämlich beispielsweise ein durch Disziplinarurteil entlassener Beamter von der Verwaltungsbehörde nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils ohne weiteres sofort wieder angestellt würde, so wären damit doch noch nicht die Wirkungen der Strafe aufgehoben. Denn diese Anstellung kann nur eine Neuanstellung sein und es kann dabei dem wieder Angestellten die frühere Dienstzeit weder für die Bemessung des Gehalts noch für die Berechnung der pensionsfähigen Dienstzeit oder der Zeit der Widerruflichkeit angerechnet werden (s. meinen Kommentar S. 522); es werden nur neue Rechte erworben, die in dem Verluste aller bisherigen Rechte liegende Wirkung der Strafe kann aber durch diese Maßnahme der Verwaltungsbehörde nicht mehr aufgehoben oder beseitigt werden. Oder wenn ferner ein zur Strafe auf ein anderes Amt von gleichem Rang und Gehalt oder von niedrigerem Rang und Gehalt versetzter Beamter nach Vollzug der Strafe wieder auf seine frühere Amtsstelle zurückversetzt oder befördert würde, so wäre damit die Wirkung der Disziplinarstrafe, nämlich die Tatsache der erfolgten Strafversetzung oder Degradierung und ihr Einfluß bei etwaigem späteren Dienstvergehen sowie der Verlust des Anspruchs auf Umzugsgebühren und bei Degradierung die Minderung des Gehalts bis zur Zeit der Wirksamkeit der Beförderung in die frühere Amtsstelle, noch nicht aufgehoben.

Nicht ganz zutreffend ist ferner auch der Satz Korzendorfers, daß mit dem Augenblicke des Vollzugs der Strafe die Verwaltungsbehörde „dem Beamten gegenüber wieder ihre uneingeschränkte Verfügungsgewalt erhalte". Besteht schon eine

---

[2]) Beim Verweis verbietet sich die Möglichkeit der Begnadigung nach der Natur der Strafe wenigstens für die Fälle, in denen der Verweis schon vollstreckt ist (Piloty Bd. I S. 808).

[3]) Denn einmal hat der König über den im Zeitpunkte der Rechtskraft des Disziplinarurteils aus dem Beamtenverhältnisse bereits ausgeschiedenen Beamten überhaupt keine Dienstgewalt mehr, sodann aber kann der König nicht kraft seiner Dienstgewalt Pensionen oder Unterhaltsbeiträge an Beamte oder ehemalige Beamte gewähren, wo das Gesetz den Anspruch auf Pension oder Unterhaltsbeitrag ausdrücklich ausschließt.

[4]) Das ist insoferne nicht ganz zutreffend, als im Falle der Strafentlassung die Wirkung der Entlassung mit der Rechtskraft des Urteils von selbst eintritt, ohne daß es eines Vollzugs durch die Verwaltungsbehörde bedürfte (s. meinen Komm. S. 520, 521, 683, 684).

uneingeschränkte Verfügungsgewalt der Verwaltungsbehörde gegenüber dem Beamten überhaupt nicht, so kann hievon vollends dann keine Rede sein, wenn der Beamte infolge des Urteils zur Strafe entlassen worden ist, weil mit dem Eintritte der Entlassung jede Gewalt gegenüber dem Entlassenen von selbst erloschen ist und daher auch nicht wieder voll in Wirksamkeit treten kann.

Unrichtig erscheint endlich die Meinung, daß der Verwaltungsbehörde Verfügungen der vorliegenden Art[5]) schon deshalb erlaubt seien, weil sie im Gesetze nicht ausdrücklich verboten seien. Denn nicht alles, was im Gesetze nicht ausdrücklich verboten ist, ist damit der Verwaltungsbehörde auch schon erlaubt. Zwar kann eine Verfügung der Verwaltungsbehörde, weil im Gesetze nicht verboten, nach außen rechtswirksam sein, aber sie ist damit der Behörde nicht auch schon gestattet. Das Nähere hierüber wird im nachstehenden noch zu erörtern sein.

Um zu einer richtigen Beurteilung der Sache zu kommen, wird man m. E. die Fälle der Strafversetzung und der Strafentlassung auseinanderhalten müssen.

Was zunächst die Strafversetzung anlangt, so besteht sie in der Entfernung aus dem bisherigen Amt durch Versetzung auf ein anderes Amt von gleichem Rang und Gehalt oder auf ein anderes Amt mit geringerem Rang und Gehalt. Mit dem Vollzuge dieser Versetzung ist dem Urteile Genüge getan. An der Beamteneigenschaft des Versetzten und an seinen sonstigen Beamtenrechten ändert sich nichts. Der zur Strafe versetzte Beamte ist auf seiner neuen Amtsstelle, mag diese nun von gleichem Rang und Gehalt oder von geringerem Rang und Gehalt sein, für die Folge wie jeder andere Inhaber dieses Amtes zu behandeln. Er rückt deshalb auch in seiner neuen Amtsstelle nach Maßgabe der Vorschriften des Art. 28 Abs. 2, 3 BG. in höhere Dienstaltersstufen vor, er kann auch, wie jeder andere Beamte, wenn die Voraussetzungen für eine Beförderung nach den hierüber bestehenden Verwaltungsgrundsätzen gegeben sind, befördert werden und zwar auch dann, wenn er auf eine Amtsstelle von niedrigerem Rang und Gehalt versetzt worden war. Die Zulässigkeit einer solchen Beförderung ergibt sich aus der Fortdauer der Beamtenrechte des zur Strafe Versetzten und sie ist in Art. 30 Abs. 5 BG. auch ausdrücklich anerkannt (s. meinen Kommentar S. 197, 201 und 517). Nun bestehen allerdings keine gesetzlichen Vorschriften darüber, daß die Beförderung eines zur Strafe versetzten Beamten erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit seit dem Vollzug der Strafe vorgenommen werden dürfe; sie könnte daher auch schon unmittelbar darnach erfolgen, ohne daß dadurch gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen würde. Aber die Verwaltungsbehörde würde gegen die von ihr für die Ausübung ihres Versetzungs- und Beförderungsrechts zu beobachtenden Verwaltungsanordnungen und Verwaltungsgrundsätze handeln, wenn sie eine solche Versetzung oder Beförderung lediglich deshalb vornehmen würde, um dadurch die Wirkungen der durch das Disziplinarurteil ausgesprochenen Strafe möglichst abzuschwächen und zu paralysieren. Das Ermessen der Verwaltungsbehörden bei Ausübung ihres Anstellungs-, Versetzungs- und Beförderungsrechts ist kein völlig freies; andere Rücksichten als dienstliche dürfen weder für die Ausübung noch für die Nichtausübung dieses Rechtes bestimmend sein, namentlich also nicht die Absicht, durch die Ausübung des Versetzungs- oder Beförderungsrechts dem Bestraften Wohltaten oder Gnaden zu erweisen und dadurch die durch die zuständigen Disziplinargerichte verhängten Disziplinarstrafen in ihren Wirkungen möglichst abzuschwächen. Ein solcher Gebrauch von dem ihr zustehenden Anstellungs- und Beförderungsrecht würde die Verwaltungsbehörde dienstlich verantwortlich machen wie jede andere schuldhafte Verletzung der Dienstpflicht. Aufheben könnte übrigens die Verwaltungsbehörde auch durch eine noch so rasch nach dem Strafvollzug erfolgende Versetzung oder Beförderung die Wirkungen der Strafe nicht, wie bereits dargelegt wurde.

Anders wird sich die Sache gestalten bei strafweiser Entlassung des Beamten. Nach Art. 110 Abs. 1 BG. hat die Dienstentlassung den Verlust des Titels und der Dienstabzeichen sowie des Anspruchs auf Diensteinkommen, Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung von Rechts wegen zur Folge. Sie tritt mit der Rechtskraft des Urteils von selbst ein, ohne daß es eines Vollzugs der Entlassung durch die Verwaltungsbehörde bedarf (s. meinen Kommentar S. 520, 521, 683, 684). Ihre Wirkung besteht darin, daß der Beamte nicht bloß, wie bei der Strafversetzung, sein bisheriges Amt verliert, im übrigen aber Beamter mit allen Rechten bleibt, sondern daß er aus dem Beamtendienstverhältnis überhaupt ausscheidet; sie ist die Entfernung aus dem Beamtenstand wegen Unwürdigkeit. Ihre Wirkung ist also nicht erschöpft mit dem Augenblick ihres Eintritts, sondern sie besteht in der Herbeiführung eines dauernden Zustandes. Zwar verliert, wie Piloty (Bd. I S. 805) zuzugeben ist, der Entlassene nicht die Fähigkeit, als Beamter wieder angestellt zu werden, aber er ist durch das allein hiezu zuständige Disziplinargericht für unwürdig erklärt worden, weiterhin Beamter zu sein. Seine Wiederanstellung ist, wenn sie erfolgt, zwar nicht rechtlich ungültig, aber sie ist deshalb nicht auch schon rechtlich zulässig. Denn wenn das Gesetz einzig und allein dem Disziplinargericht die Be-

[5]) Nämlich sofortige Zurückversetzung auf die frühere Amtsstelle, Beförderung oder Wiederanstellung des Bestraften.

fugnis einräumt, auszusprechen, daß der Beamte nicht mehr würdig ist, länger ein staatliches Amt zu verwalten, so kann es nicht zugleich einer Verwaltungsbehörde das Recht einräumen, sich über diesen Ausspruch, kaum daß er ergangen ist, einfach hinwegzusetzen und den Beamten gleichwohl für geeignet zu erklären, eine staatliche Beamtenstelle wieder einzunehmen. Das wäre ein innerer Widerspruch, der mit den Grundsätzen über die Rechtskraft der Disziplinarurteile und deren Bindung für die Verwaltungsbehörden nicht vereinbar wäre. Eine solche Verwaltungsmaßnahme würde daher der Absicht und dem Zwecke des Gesetzes entgegenhandeln, sie wäre, auch wenn sie nicht rechtlich ungültig ist, doch eine Abweichung vom Gesetz, sie wäre die Gewährung von Gnade statt Recht, demnach ein reiner Gnadenakt. Daß auf diesem Standpunkt auch der Gesetzgeber des BG. steht, geht aus den Motiven zu Art. 57 BG. (s. Sonderabdruck S. 145) hervor, wo von einer im Wege der Gnade erfolgenden Wiederanstellung eines im Straf- oder Disziplinarverfahren entlassenen Beamten die Rede ist.

Ist aber die Wiederanstellung eines im Disziplinarverfahren rechtskräftig entlassenen Beamten ein Gnadenakt, so kann ihn nur der König, und zwar kraft des ihm in Tit. VIII § 4 VerfUrk. eingeräumten Rechts üben, nicht aber auch jede zur Anstellung von Beamten zuständige Verwaltungsbehörde.

Selbst wenn man aber annimmt, daß die Wiederanstellung des strafweise im Disziplinarverfahren Entlassenen kein Gnadenakt ist, so wird man gleichwohl diese Wiederanstellung nicht in die Kompetenz der an sich zur Anstellung zuständigen Verwaltungsbehörde legen dürfen, sondern von ausdrücklicher königlicher Ermächtigung abhängig machen müssen. Denn die Anstellung der Beamten ist ausschließliches Recht des Königs. Die Behörden sind hiezu nur soweit befugt, als ihnen diese Befugnis ausdrücklich übertragen ist. Es ist aber ausgeschlossen, daß die Uebertragung dieser Zuständigkeit unbeschränkt ist in dem Sinne, daß die Verwaltungsbehörden hiebei nach völlig freiem Ermessen handeln und, wie bereits oben bemerkt, andere als rein dienstliche Rücksichten walten lassen und sich über den gerichtlich festgestellten Tatbestand der Unwürdigkeit des Bewerbers einfach hinwegsetzen dürfen. Das wäre ein Mißbrauch des ihnen übertragenen Anstellungsrechts, wofür sie dienstlich verantwortlich wären. Wollen sie also eine Anstellung vornehmen, zu der sie kraft der ihnen übertragenen Anstellungsbefugnis nicht ermächtigt sind, so müssen sie die ausdrückliche Genehmigung dessen erholen, von dem ihr Recht ausgeht, also die Ermächtigung des Königs. Zu welchen Folgen würde es auch führen, wenn beispielsweise eine Eisenbahndirektion die Befugnis für sich in Anspruch nehmen wollte, einen Beamten der Klasse 17 der Gehaltsordnung, der auf ihren eigenen Antrag oder auf den einer anderen Eisenbahndirektion durch Disziplinarurteil aus dem Dienste entlassen wurde, wieder — wenn auch, gewissermaßen anstandshalber, erst nach Ablauf einer bestimmten Frist — in der Klasse 17 als Beamten anzustellen? Oder wenn gar beispielsweise eine Eisenbahndirektion sich für berechtigt halten würde, einen Beamten der Klasse 13 der GehaltsO., der auf Antrag des Ministeriums durch Disziplinarurteil aus dem Dienste entlassen wurde, nach Rechtskraft des Urteils als Beamten der Klasse 17 wieder anzustellen?[6]) Da wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet und ich glaube kaum, daß diese Eisenbahndirektion gute Geschäfte machen würde, wenn sie sich zur Begründung ihres Vorgehens mit Korzendorfer einfach darauf berufen würde, daß sie diese Anstellung habe vornehmen dürfen, „weil sie durch das Gesetz nicht ausdrücklich verboten sei, weil durch die eingetretene Entlassung die Strafmacht des Dienstherrn für den einzelnen Fall aufgebraucht sei und sie jetzt wieder uneingeschränkte Verfügungsgewalt gegenüber dem Entlassenen gehabt habe".

3. Korzendorfer berührt weiter noch die Frage, ob die Verwaltungsbehörden rechtskräftig verhängte Ordnungsstrafen erlassen können. Er verneint diese Frage, weil den Verwaltungsbehörden die gesetzliche Ermächtigung fehle, solche Strafen im Wege der Gnade nachzulassen. Das ist richtig, auch von niemandem je bezweifelt worden, weil das Recht, in straf- und dienststrafrechtlichen Sachen Gnade zu erteilen, ausschließlich dem Könige selbst zusteht. Vom Standpunkte Korzendorfers aus ist seine Entscheidung aber nicht folgerichtig. Denn wenn das Recht, Dienststrafen zu mildern oder zu erlassen, wie er annimmt, ein Ausfluß der Dienstgewalt des Königs als Dienstherrn des Beamten ist, so müßte in der den Behörden übertragenen Dienstgewalt über den Beamten mangels einer besonderen Einschränkung auch das Recht, Ordnungsstrafen zu erlassen, enthalten sein. Jedenfalls könnte aber dann der König, wie er auch im übrigen die Ausübung seiner Dienstgewalt den untergebenen Behörden übertragen kann, auch die Ausübung der in seiner Dienstgewalt enthaltenen Befugnis zum Nachlaß von Ordnungsstrafen an die Behörden übertragen, ohne daß es hiezu einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfte.

4. Korzendorfer hat sich schließlich auch noch mit der Frage beschäftigt, ob eine Behörde[7]) eine Ordnungsstrafverfügung, die sich „als gänzlich unbegründet herausstellt", auch nach der Rechts-

[6]) Auch dieser Fall müßte nach Korzendorfers Ansicht und deren Begründung für zulässig erachtet werden.

[7]) Ob er hierunter nur jene Behörde, die die Ordnungsstrafverfügung erlassen hat oder auch die ihr vorgesetzte Behörde im Auge hat, und welche Behörde hiezu berechtigt sein soll, wenn das Verfahren zwei Instanzen beschäftigt hat, sagt er nicht.

kraft und nach dem Vollzuge wieder aufheben könne. Er hält die Bejahung der Frage, wie bei jeder anderen Verfügung einer Verwaltungsbehörde, für zweifelsfrei, „es müßte denn sein, daß bei einer Geldstrafe die Behörde mit Rücksicht auf die Einzahlung an die hiezu bestimmte Kasse zur Rückzahlung der Geldstrafe nicht zuständig wäre".

Schon diese Einschränkung ist nicht recht verständlich. Denn wenn die Behörde, welche eine Geldstrafe im Ordnungsstrafverfahren verhängt hat, diesen Strafbescheid als gänzlich unbegründet wieder aufheben kann, so muß sie doch auch die Befugnis haben, die Rückzahlung der in diesem Bescheide unbegründeterweise verhängten Geldstrafe, gleichviel an welche Kasse diese Strafe eingezahlt wurde, zu verfügen. Denn die Kasse ist zur Vereinnahmung dieses Betrages nur auf Grund einer Anweisung der Behörde, die die Strafe verfügt hat, berechtigt und daher verpflichtet, den Betrag wieder zurückzuerstatten, wenn die Anweisung zu Unrecht erfolgt ist; sonst würde ja eine ungerechtfertigte Bereicherung dessen vorliegen, dem die Geldstrafe zugeflossen ist.

Aber abgesehen hievon scheint mir die ganze Frage überhaupt nicht so zweifelsfrei zu sein, wie Korzendorfer meint. M. E. ist ein im Ordnungsstrafverfahren erlassener Strafbescheid nicht jeder anderen Verfügung einer Verwaltungsbehörde gleichzustellen. Das Ordnungsstrafverfahren unterscheidet sich von dem Disziplinarverfahren nicht hinsichtlich seiner rechtlichen Natur, sondern nur hinsichtlich der Strafarten und hinsichtlich des Verfahrens; es ist also ebensowenig eine Sache des reinen Verwaltungsermessens wie das Disziplinarverfahren. Zwar wickelt es sich nicht in den gesetzlich vorgeschriebenen strengen prozessualen Formen des Disziplinarverfahrens ab, aber doch in einem auf Grund gesetzlicher Ermächtigung (Art. 117 Abs. 4 BG.) von der Staatsregierung durch die Verordnung vom 10. Dezember 1908 (GVBl. S. 1041) und die gemeinsame Ministerial-Bekanntmachung vom 22. Oktober 1909 (GVBl. S. 737) näher geregelten Verfahren. Darnach ist auch der im Ordnungsstrafverfahren ergangene Strafbescheid der Rechtskraft fähig, die eintritt, wenn der Bestrafte nicht binnen 2 Wochen nach Eröffnung des Strafbescheides Beschwerde eingelegt oder wenn die Beschwerdeinstanz die rechtzeitig eingelegte Beschwerde verworfen hat. Warum hier, abweichend vom Disziplinarurteil, die Rechtskraft des Bescheides nur die Wirkung haben soll, daß er unabänderlich ist zuungunsten, nicht aber auch unabänderlich zugunsten des Bestraften, ist nicht einzusehen. Zum mindesten müßten doch die Gründe, aus denen eine rechtskräftig gewordene und bereits vollzogene Strafverfügung „als gänzlich unbegründet" wieder aufgehoben werden kann, im Gesetze oder in einer Anordnung der Staatsregierung, ähnlich wie im Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens bei rechtskräftigen Disziplinarurteilen, näher festgelegt sein, zudem der Unterschied zwischen „unbegründet" und „gänzlich unbegründet" tatsächlich und rechtlich nicht haltbar ist. Legt man aber die Entscheidung, ob ein bereits rechtskräftig gewordener Strafbescheid unbegründet war oder nicht, in das freie Ermessen der nachträglich sich mit dem Strafbescheide befassenden Verwaltungsbehörde, so könnte sich hieraus ein Zustand der Rechtsunsicherheit und der Rechtsverwirrung ergeben, der gerade auf diesem Gebiete sehr bedenklich wäre. Man denke beispielsweise nur an den Fall, daß die mit der Sache befaßten Beamten der betreffenden Behörde inzwischen gewechselt haben und daß diejenigen Beamten, welche später mit der Angelegenheit zu tun haben, zu einer entgegengesetzten Auffassung über die Schuld des Bestraften gelangen als diejenigen, welche bei der Erlassung des Strafbescheides mitgewirkt haben. Mir schwebt dabei ein der Wirklichkeit entnommener Fall vor: Eine Mittelstelle hat einen Beamten wegen Verfehlung gegen bestimmte Dienstvorschriften mit einer Geldstrafe belegt. Der Beamte hat die Einlegung der Beschwerde unterlassen und den Strafbetrag eingezahlt. Die Strafverfügung wurde während der Beurlaubung des Vorstandes der Stelle von seinem Stellvertreter erlassen. Einige Monate darauf kommt die Angelegenheit anläßlich der Frage der Beförderung des Beamten zur Kenntnis des Vorstandes der Stelle, der zu der Ueberzeugung gelangt, daß dem Beamten eine Verfehlung gegen die Dienstvorschriften nicht zur Last gelegt werden könne und der Strafbescheid daher unbegründet war. Soll er jetzt befugt sein, die rechtskräftig gewordene und bereits vollzogene Strafverfügung wieder aufzuheben? Und soll er dazu — was nach der von Korzendorfer für seine Meinung angeführten Begründung angenommen werden müßte[8]) — auch dann befugt sein, wenn der Beamte die Einlegung der Beschwerde nicht unterlassen, seine eingelegte Beschwerde vielmehr von der Beschwerdeinstanz verworfen worden wäre? Ich glaube beides verneinen zu sollen. Gehen wir noch weiter. Wenn es wahr ist, daß ein rechtskräftig gewordener Ordnungsstrafbescheid von der Behörde, die ihn erlassen hat, wie jede andere Verfügung wieder aufgehoben werden kann, wenn er sich nach ihrer Meinung als unbegründet herausstellt, so muß es auch wahr sein, daß jede der Strafbehörde vorgesetzte Verwaltungsbehörde den rechtskräftigen Strafbescheid der ersteren wieder als unbegründet ebenso aufheben kann, wie jede andere Verwaltungsverfügung derselben. Das würde aber nicht nur dem dem Ordnungsstrafverfahren zugrunde liegenden Gedanken, sondern auch der Anordnung in § 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 der gem. MinBek. vom 22. Oktober 1909 widersprechen, wonach

---

[8]) Denn ob die Rechtskraft des Strafbescheides der Verwaltungsbehörde dadurch eingetreten ist, daß der Beamte keine Beschwerde einlegte, oder dadurch, daß die eingelegte Beschwerde verworfen wurde, kann doch füglich keinen Unterschied begründen.



die höhere Behörde an dem Strafbescheide der unteren Behörde nur mehr dann etwas ändern, ihn also, wenn sie ihn für unbegründet hält, nur mehr dann aufheben kann, wenn sie binnen 2 Wochen nach dem Tage, an dem sie von dem Ausgange des Verfahrens in erster Instanz Kenntnis erhalten hat, dem Beschuldigten eröffnet hat, daß sie das Verfahren an sich ziehe.

Hiernach wird m. E. dahin zu entscheiden sein, daß die Verwaltungsbehörde, welche im Ordnungsstrafverfahren einen Strafbescheid erlassen hat, ihn nur dann als unbegründet wieder aufheben darf, wenn er, gleichviel ob der Beschuldigte Beschwerde eingelegt hat oder nicht, noch nicht rechtskräftig geworden und im Falle der Einlegung der Beschwerde die letztere noch nicht der Beschwerdeinstanz vorgelegt worden ist (vgl. auch meinen Kommentar S. 553 a. E.), daß ferner die höhere Behörde den rechtskräftigen Strafbescheid der unteren Behörde nur mehr in der in § 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 der gem. MinBek. vom 22. Oktober 1909 vorgesehenen Frist und Form als unbegründet außer Wirksamkeit setzen darf.

Die drei Hauptfragen des Kommunmauerrechts.[1])

Von Justizrat **Dr. Karl Buhmann**, Rechtsanwalt in München.

(Schluß.)

III. Hat der Erbauer der Kommunmauer einen Ablösungsanspruch? Wer ist Schuldner?

Mit der Annahme, daß die Kommunmauer Grenzeinrichtung ist, lösen sich alle die zahlreichen Streitfragen nicht nur über die Beziehungen zwischen A und B, sondern auch zwischen deren beiderseitigen Sondernachfolgern.

Vor allem ist zu sagen, daß die §§ 921, 922, sowie §§ 746 ff. BGB. die dinglichen Rechtswirkungen des vereinbarten Gemeinschaftsverhältnisses regeln. Dies hat zur Folge, daß alle Rechte und Pflichten aus dem Gemeinschaftsverhältnis, aber auch alle abweichend vom Gesetz zwischen A und B in bezug auf ihr Gemeinschaftsverhältnis getroffenen Vereinbarungen auf die beiderseitigen Rechtsnachfolger (X und Y) übergehen.

Die dingliche Wirkung aller Rechte und Pflichten zwischen A und B in bezug auf das Gemeinschaftsverhältnis sprechen klar aus die §§ 746, 749 und 751 BGB. (siehe hierzu Staudinger, BGB. Einleitung zur „Gemeinschaft" II a Anm. I 1 zu § 751; RGRKomm. Anm. 2 zu § 746 BGB.).

[1]) Bungard, „Die Kommunmauer", In.-Differt., erschien bei Noske in Borna-Leipzig 1913, kommt, gleichfalls von der Grenzmauerlehre ausgehend, in bezug auf die Person des Schuldners zu einer der hier vertretenen Anschauung entgegengesetzten Lehre.

Diese Bestimmungen sind dispositiver Natur und gelten auch gegen den Rechtsnachfolger, der sie nicht kennt. (Siehe § 746 Anm. I und § 922 Anm. II BGB. bei Staudinger.)

§ 1010 BGB. kann auf ein Kommunmauerrechtsverhältnis nicht Anwendung finden, weil er gemeinschaftliches Eigentum voraussetzt (siehe Staudinger, BGB. § 1010 Anm. 1 d), während an der Kommunmauer nur getrenntes Eigentum und nur gemeinschaftliches Benützungsrecht nach den Sondervorschriften der §§ 921, 922 BGB. über Grenzeinrichtungen besteht.

Die §§ 921 und 922 BGB. regeln zwischen den beiden Nachbarn:

a) die Benützungsberechtigung an der Grenzeinrichtung,
b) die Verpflichtung zur Tragung der Unterhaltungskosten,
c) das Recht auf Bestandserhaltung und die Verpflichtung hierzu.

Bezüglich der Punkte a und b ist nach der Verkehrsauffassung als gewollt anzunehmen, daß die Nachbarn vom Gesetz abweichende Bestimmungen in dem Sinne haben treffen wollen, daß das Mitbenützungsrecht des B durch Anbau von der vorherigen Erstattung der halben Mauerherstellungskosten abhängig sein soll und daß B die Unterhaltungskosten erst von der Benützung der Kommunmauer zum Anbau an mitzutragen hat.

Der Ablösungsanspruch, dessen Befriedigung Vorbedingung des Benützungsrechts des B durch Anbau ist, ist kein aus dem Gemeinschaftsverhältnis selbst, sondern nur ein aus dessen Vorbedingung fließender Anspruch. Er ist ein ausschließlich auf Geld gerichteter Anspruch, der mit den sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis ergebenden Berechtigungen und Verpflichtungen nach §§ 921, 922 und 741 ff. BGB. nicht unmittelbar zusammenhängt. A streckt die Kosten der mit Genehmigung des B hergestellten Kommunmauer vor gegen die Verpflichtung des B, diese Kosten im Falle der Benützung durch Anbau zu ersetzen, wobei B zum Anbau nicht verpflichtet ist. Der Geldforderungsanspruch ruht, er ist befristet und bedingt (pactum sui generis, am nächsten verwandt dem Auftragsvertrag).

Er ist als ein in seinen Grundlagen genügend feststellbarer künftiger Anspruch auch abtretbar und pfändbar (RGZ. 55, 334, 404; 67, 166; JW. 1913 S. 132). Er entsteht im Augenblick der Errichtung der Kommunmauer als bedingter und betagter Anspruch. Er wird klagbar (actio nata est) im Augenblick der Benützung der Kommunmauer durch den zukünftigen Anbauer, gleichgültig wer er sei.

Es ist ganz unverständlich, wenn man diesen rein obligatorischen auf eine Geldzahlung gerichteten Anspruch mit dem Schicksal des Eigentumsrechts an der Kommunmauerhälfte selbst in untrennbare Verbindung setzt, wie dies vom OLG. Nürnberg (in BayZfR. 1914 S. 195 ff.) geschieht.

Wenn A und B vereinbaren, eine Gartenmauer

als Grenzzeichen zu errichten, welche A zunächst auf seine Kosten durch Baumeister M erbauen lassen soll und deren Herstellungskosten B dem A zur Hälfte in Ratenzahlungen ersetzen will, so wird niemand auf den Gedanken kommen, daß A mit dem Verlust seines Grundstückes und damit der halben Grenzeinrichtung den Ersatzanspruch verliert. Dafür, daß dies bei einem Kommunmauerbau anders sein soll, ist kein innerer Grund erfindlich.

Die Unhaltbarkeit der entgegengesetzten Anschauung tritt ferner insbesondere hervor im Falle der Zwangsversteigerung, bei welcher der Ablösungsanspruch auf den Ersteher übergehen soll, der nichts davon weiß, daß A kommun gebaut hat, z. B. weil er aus einem Gebiete kommt, in welchem die kommune Bauweise nicht bekannt ist.

Aus dem Vorgetragenen ergeben sich für A und B und für deren Sondernachfolger X und Y wichtige, allerdings von der erwähnten Anschauung vielfach abweichende Folgerungen.

1. B baut während der Eigentumszeit des A an.

Nach dem der Verkehrsauffassung entsprechenden Vertragswillen hat B die Kosten der bereits auf seinem Grund stehenden Mauerhälfte zu ersetzen, um sich damit die Voraussetzung für die Mitbenützung der Kommunmauer durch Anbau zu verschaffen. In welchem Zeitpunkte die Mauereinrichtungskosten zu ersetzen sind, ist bestritten. In München besteht eine durch die Vorschriften des Art. 68 AG. BGB. beeinflußte Verkehrsauffassung dahin, daß bei Beginn des Anbaus Zahlung zu leisten ist (vgl. Beschl. d. OLG. München vom 5. Mai 1913 Beschw.-Reg. Nr. 275/13).

2. Der Anbau erfolgt nicht mehr durch B sondern durch einen Sondernachfolger Y.

Ein Vertragsverhältnis zwischen A und Y liegt nicht vor. Aber auf Y als Sondernachfolger ist kraft der gemeinschaftsrechtlichen Normen (BGB. §§ 922 und 741 ff.) der bedingte Anspruch auf Mitbenützung der Grenzeinrichtung übergegangen, bedingt durch Ersatzleistung. Leistet Y den Ersatz, so erwirbt er unbedingtes Mitbenützungsrecht. Bei A verbleibt auf Grund des Gemeinschaftsrechtes die Verpflichtung zur Duldung des Anbaues gegen Bezahlung der halben Mauerkosten.

Die Zahlungspflicht hat Y, nicht B. Bis zur Benützung durch den Anbau ist für die Eigentümer des Nachbargrundstücks der hinübergebaute Mauerteil nicht wertsteigernd, sondern wertmindernd (Schmitt a. a. O. S. 59 I). Diese Wertminderung wird ständig, wenn die Bebauung des Nachbargrundstückes durch ein Gebäude dauernd behindert wird (z. B. durch eine Dienstbarkeit auf Bauverbot, durch Errichtung eines Parks usw.); eine Grundstückswertsteigerung durch Errichtung einer Kommunmauer auf die Nachbargrundstücke anzunehmen, ist willkürlich. Die Tatsache der Kommunmauererrichtung hat eine Wertsteigerung erst zur Folge im Augenblick der Benützung der Kommunmauer durch Anbau.

3. Wechselt das Eigentum des Anwesens Nr. 1 auf X und baut alsdann B an, so geht vor allem der Ersatzanspruch des A, wenn nicht Gegenteiliges zwischen A und X vereinbart war (also insbesondere beim zwangsweisen Eigentumswechsel) auf X nicht über, weil, wie oben ausgeführt ist, der Ersatzanspruch kein aus dem Gemeinschaftsrecht fließender oder „verdinglichter" Anspruch ist.

Das Mitbenützungsrecht des B durch Anbau bleibt bedingt, bedingt durch die Bezahlung des Ablösungsanspruchs an A. X kann den Anbau nicht verwehren, wenn B die Bedingung für das Mitbenützungsrecht erfüllt. Allerdings kann X den Anbau durch B gestatten, ohne auf Zahlung des Ablösungsanspruchs durch B an A zu dringen. In diesem Falle bleibt der Ersatzleistungsanspruch des A gegen B bestehen, weil zwischen diesen beiden vereinbart ist, daß B die Kosten der Errichtung der im Augenblick der Erbauung bereits Eigentum des B gewordenen Mauerhälfte bei (Beginn der) Benützung durch Anbau zu zahlen hat. B zahlt das, was er früher bekommen hat, was aber erst jetzt für ihn Wert besitzt, wenn er die von A erbaute Kommunmauer zum Anbau benützt. (Gl. M. Abele LZ. S. 833).

4. Schwieriger zu lösen ist die letzte Möglichkeit, wenn nämlich nach Wechsel des Eigentums von A auf X und von B auf Y der letztere anbaut.

Vertragliche Bestimmungen bestehen nicht zwischen Y und X, ebensowenig zwischen Y und A.

Da aber der Mitbenützungsanspruch des Y auf die Grenzeinrichtung infolge seiner dinglichen Natur auch auf Y nur als bedingter Anspruch übergegangen ist, so ist X zur Duldung des Anbaues vor Erfüllung der Bedingung gegenüber dem A nicht gezwungen.

Y kann aber auch, und dies wird wohl die Regel sein, auf Erfüllung der Bedingung verzichten. A kann in diesem Falle gegen Y nur einen Anspruch erheben nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812, 822 BGB.).

Eine Bereicherung des Y liegt tatsächlich vor. Vor der Benützung der Kommunmauer durch Anbau hat die auf dem Grundstück 2 stehende Mauerhälfte einen Verkehrswert weder für B noch für Y, weil die Frage offen steht, ob und wann die Mauer zum Anbau benützt wird. Die Verkehrsauffassung geht vielfach dahin, daß gerade die durch den Mauerüberbau eintretende Minderung der benutzbaren Bodenfläche zunächst eine Wertsminderung bedeutet, wenn auch ausnahmsweise das Gegenteil der Fall sein kann. Der Ueberbau erhält für B oder Y erst Wert im Augenblick des Anbaues; denn sie ersparen sich jetzt die Herstellungskosten der an sich notwendigen Umfassungsmauer. Y wird bei Erwerb des Grundstückes 2, gleichgültig, ob zur Zeit des Erwerbes A oder X Eigentümer des Gebäudes 1 war, für die auf dem Grundstücke 2 bestehende Mauerhälfte nichts bezahlen, weil er weiß, daß er bei Benützung der Mauer durch Anbau an A entweder nach den Ausführungen unter Ziff. 2

oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung Zahlung leisten muß.

Abele führt a. a. O. S. 834 zuerst richtig aus, daß A zur Geltendmachung eines Bereicherungsanspruchs nachweisen muß, daß B Vorteile von dem Bau hat, denn soweit ihn B nicht benützt, ist die Mauerhälfte für B wertlos, ja sogar nachteilig, weil sie einen Hof oder Garten schmälern kann. Abele setzt sich aber dann sofort mit sich selbst in Widerspruch, wenn er weiter ausführt, daß B auch im Falle des Eigentumswechsels der Bereicherte bleibt, weil in der Möglichkeit des Anbaues ein wirtschaftliches Gut für die Zukunft liegt, das nicht mit Null bewertet werden kann. Ein wirtschaftliches Gut stellt die Kommunmauerhälfte erst im Augenblicke des Anbaues und infolge des Anbaues dar, bis dahin schmälert der Kommunbau wirtschaftlich den B.

Der Ersatzleistungsanspruch des A gegen Y läßt sich auch auf § 822 BGB. stützen; denn Y hat bei Erwerb des Bauplatzes 2 für die Mauer zunächst kein Entgelt geleistet. Faßt man den Begriff der unentgeltlichen Zuwendung im § 822 BGB. nicht, wie es allerdings meistens geschieht, im Sinne einer subjektiv gewollten Schenkung, sondern im Sinne einer objektiv ohne Entgelt gemachten Zuwendung auf — (die Ueberlassung der Kommunmauer ist keine Schenkung, ihre Benützung ist vom Ersatz des Erstellungswertes abhängig) — so ist Y gleichfalls auf Kosten des A bereichert. Jedenfalls steht der Wortlaut des § 822 BGB. einer solchen Auslegung nicht entgegen, sie entspräche auch der Billigkeit. (A. M. Abele a. a. O. S. 834).

Würde man der Meinung sein können, daß der bedingte Ersatzleistungsanspruch ein im Gemeinschaftsverhältnis begründeter und von ihm untrennbarer Anspruch sei, so würde die Dinglichkeit des Ersatzleistungsanspruchs aktiv und passiv auf X und Y übergehen.

Diese Lösung ist gleich unbefriedigend, wie die Lösung derer, die sagen, daß mit dem Verluste des Eigentums des A an seinem Gebäude auch der Kommunmauerablösungsanspruch überhaupt verloren gehe. Diese letzte vielfach vertretene Anschauung ergibt sich folgerichtig aus dem in RGZ. 70, 202 niedergelegten allerdings völlig unhaltbaren Standpunkte, daß die Kommunmauer niemals (selbst nach dem Anbau nicht) eine Grenzeinrichtung sein könne. Wirtschaftlich befriedigend und dem praktischen Bedürfnisse entsprechend kann nur die Rechtsanwendung sein, bei der dem A als dem Erbauer der Kommunmauer auch im Falle der zwangsweisen Entäußerung seines Anwesens der Kommunmauerablösungsanspruch verbleibt und bei der auch im Falle einer zwangsweisen Entäußerung des Nachbargrundstückes des B derjenige, welcher von dem Kommunbau durch Anbau später Nutzen zieht, d. i. der den Anbau ausführende Sondernachfolger Y des B, für diesen auf Kosten des A geschaffenen Vorteil Zahlung leisten muß. Eine gegenteilige Meinung vertreten heißt den wirtschaftlich Schwachen auf Kosten des wirtschaftlich Stärkeren benachteiligen und gegen den Zug der Zeit arbeiten.

Einzelne Fälle (wie z. B. Teilbenützung, stufenweiser Anbau, Zeitpunkt der Fälligkeit des Ablösungsanspruches, Zulässigkeit des Einflusses anderer Verkehrsauffassung) im Rahmen einer Zeitschrift zu behandeln, würde zu weit führen. (Siehe Nützel, BayZfR. 1914 S. 188).

Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Verträge mit sog. Automatenfirmen.

Von Rechtsanwalt **Dr. Otto Hipp** in München.

Am 30. Juni 1913 endete in Koblenz ein umfangreicher Strafprozeß gegen Inhaber und Reisende verschiedener Automatenfirmen, der zur Verurteilung mehrerer Reisender führte, während die Firmeninhaber freigesprochen wurden. Um das Ergebnis dieses Strafprozesses abzuwarten, waren zahlreiche Zivilprozesse ausgesetzt worden, die zum Teil durch diese Automatenfirmen als Kläger, zum Teil gegen sie als Beklagte anhängig gemacht waren. Nur für eine beschränkte Anzahl von Fällen hat der Strafprozeß ein brauchbares Ergebnis geliefert. Schon vorher waren wohl die meisten Prozesse zugunsten der Automatenfirmen entschieden worden und danach fanden viele Gerichte keinen Weg, um dem offenkundig unlauteren Geschäftsgebaren dieser Firmen bürgerlich-rechtlich entgegenzutreten. Und doch muß das Gesetz eine Handhabe bieten, um dem gesunden Rechtsempfinden gegenüber den Ansprüchen dieser Firmen Geltung zu verschaffen.

Der gewöhnliche Tatbestand darf als bekannt vorausgesetzt werden. Sehr redegewandte Reisende wissen kleinere Geschäftsleute unter Verwendung eines gedruckten Bestellscheins zur Annahme irgendeines Warenautomaten zu bestimmen, dabei sind unter langfristiger Dauer des Vertragsverhältnisses unverhältnismäßig große Mengen für die Füllung des Apparates abzunehmen. Nach der Abnahme einiger Teillieferungen hat der Besteller gewöhnlich die erste Lieferung noch nicht verbraucht; die nachgelieferten Füllungen werden durch die lange Lagerung schlecht und unverkäuflich; bei Zurückweisung einer der regelmäßigen Nachlieferungen stellt die Firma Klage und erreicht oft die Verurteilung des Bestellers. In dem zweifellos auch bei den Gerichten vorhandenen Bestreben, den Besteller gegen unlauteres Geschäftsgebahren zu schützen, wird häufig ein falscher Weg eingeschlagen, indem der Nachweis äußerer Umstände verlangt wird, aus denen sich dann die Berechtigung der Anfechtung des Vertrages nach § 123 BGB. ergeben

soll. Dieser Weg mag richtig und brauchbar sein, wenn genügende Beweise insbesondere für den Vorgang bei der Bestellung und für das Verhalten des Reisenden vorhanden sind (RGRKomm. Anm. 4 § 123). Diese Fälle sind aber selten; die Reisenden lieben es nicht ihre Geschäfte in Gegenwart von Zeugen abzumachen. Will man dem Rechtsschutzbedürfnis des Bestellers gerecht werden, so muß die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit aus inneren Merkmalen des Vertrags selbst hergeleitet werden, ein Weg, den leider die Gerichte noch sehr selten einschlagen. Fast ausnahmslos werden sich bei all diesen Verträgen, die sämtliche nach fast gleichlautenden Formblättern geschlossen werden, zahlreiche einzelne Umstände zusammenstellen lassen, aus deren gemeinsamem Auftreten die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit gefolgert werden kann. Zunächst wird zweifellos durch diese Verträge in dem Besteller eine falsche Vorstellung von dem Inhalt des Vertrages hervorgerufen, da sich wohl kein Besteller rechnerisch über den Vertragsinhalt klar wird. Die Verträge enthalten nämlich eine Rechnungsaufgabe, die an sich zwar nicht schwierig ist, aber im Augenblick der Bestellung und beim Durchlesen nicht gelöst werden kann, ja dem Besteller gar nicht zum Bewußtsein kommt. Um zu wissen, was der Vertrag für ihn wirtschaftlich bedeutet, müßte der Besteller durch Zusammenzählen und Vervielfältigen ausrechnen, wie viele Jahre er bei vierteljähriger Annahme von X-Stück Füllungen an den Vertrag gebunden ist, der die Abnahme von so und soviel Tausend Füllungen vorsieht. Es sind also die Tragweite und die Folgen des Geschäfts für den Besteller verschleiert, dazu kommt, daß gewöhnlich in diesen Verträgen die Umstände, die dem Besteller günstig zu sein scheinen, durch den Druck hervorgehoben werden, dagegen klare, bestimmte Angaben über die Verpflichtungen des Bestellers sorgsam umgangen werden. Berücksichtigt man endlich noch die Lebensverhältnisse und den Bildungsgrad der großen Mehrzahl der Besteller — durchwegs kleiner Gewerbetreibender, die selbst bei aufmerksamem Durchlesen den Vertrag nicht richtig auffassen und seine wirtschaftliche Tragweite nicht erkennen können — berücksichtigt man ferner, daß in dem Vertrag gerade die wichtigsten Bestimmungen, die Verpflichtungen der Besteller enthalten, verschleiert oder doch nur angedeutet sind, statt klar und deutlich die Verpflichtungen des Kunden hervorzuheben, so ergibt sich aus dem Gebrauch der üblichen Formblätter mit innerer Notwendigkeit ihr Zweck. Wenn die Verfertiger dieser Verträge den Vertragsinhalt offensichtlich verschleiern und trotz der Kenntnis der bürgerlichen Stellung und der Bildung ihres Kundenkreises keine zweifelsfreien und allgemein verständlichen Angaben über Zeit des Vertrages, Höhe des Preises, Mängelrügen, Zahlungsweise u. dgl. machen, so ist kein anderer Grund hierfür denkbar, als daß die Kunden über all diese wichtigen Punkte bei der Bestellung absichtlich im unklaren gelassen werden sollen. Diese Annahme wird noch durch eine ganze Anzahl weiterer Vertragsbestimmungen unterstützt. Der stets „gratis" gelieferte Automat muß vom Besteller gebrauchsfähig erhalten werden; er geht erst nach so langer Zeit in den „Besitz" (meist wird der Ausdruck „Besitz", nicht „Eigentum" gebraucht!) des Bestellers über, daß er dann kaum mehr gebrauchsfähig sein wird; oft findet sich dann noch die Bestimmung, daß während der „Besitzzeit" die Füllungen nur von dem Lieferanten des Automaten bezogen werden dürfen, also auch zu einer Zeit, in der vielleicht das Eigentum an dem Automaten schon auf den Besteller übergegangen ist. Die Bestimmungen über Mängelrüge sind in der Regel vollständig wirkungslos, schon mit Rücksicht auf die meist vereinbarte Nachnahmesendung. Regelmäßig ist auch die liefernde Firma berechtigt nach Belieben andere Füllungen und Packungen zu wählen. Schließlich ist noch bezeichnend, daß fast stets ein mehrfacher Gerichtsstand vereinbart wird; augenscheinlich zu dem Zweck um nicht durch Häufung der Prozesse an einem bestimmten Gericht dieses Gericht allmählich auf das Geschäftsgebaren der Firma aufmerksam zu machen und dadurch eine vorsichtigere Abwägung der Ansprüche der Firma herbeizuführen. Erwähnenswert ist auch die in den Verträgen gebräuchliche, in auffälligem Druck beigefügte Bemerkung: „Vor Unterschrift lesen" und die vorgedruckte Bestätigung des Bestellers, daß er den Vertrag vor der Unterschrift gelesen habe. Besser als durch diese Bemerkung kann die Arglist dieser Verträge nicht enthüllt werden.

Stellt nun das Gericht all diese immer wiederkehrenden einzelnen Umstände und die etwa nach den Besonderheiten des einzelnen Falles sich ergebenden weiteren Tatsachen zusammen, führt es insbesondere das in dem Vertrag enthaltene Rechenbeispiel ziffermäßig aus, so ist damit eine der strengsten Rechtsanwendung genügende Grundlage gegeben, um den Vertrag als anfechtbar oder nichtig zu erklären. In vielen Fällen wird eine Anfechtung nach § 123 BGB. vorliegen. Aber auch wenn eine solche nicht rechtswirksam erklärt worden ist, kann den Bestellern durch Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. richtiges Recht gewährt werden. Denn bei diesen Verträgen lassen sich genügend sachliche Merkmale dafür finden, daß das Geschäft nach Inhalt und Zweck gegen die guten Sitten verstößt (RGZ. 69, 146; 72, 218). Dazu wird fast immer schon die Feststellung genügen, wie der Kleingewerbetreibende, in seinen Mitteln beschränkte Besteller in der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit durch diese langfristigen, lästigen Verträge gehemmt wird (RGZ. 76, 78; insbes. Staub, Exk. zu § 346 Anm. 2 und die Ausführungen über analoge Verträge Anm. 16, OLGRspr. 4, 208). Es ist überflüssig, hier noch die wirtschaftliche Seite näher auszuführen; die erhebliche

Belastung des Bestellers, das vollständige Fehlen einer Gefahr bei der liefernden Firma, der äußerst geringe Gewinn des Bestellers gegenüber dem sehr erheblichen Nutzen der Lieferanten, all das wird zweckmäßig im Urteil ziffermäßig nachgerechnet. Läßt sich etwa noch durch Sachverständige nachweisen, daß die Füllungen schlecht und unverhältnismäßig teuer sind, so ist das noch eine gute Unterstützung des bereits vorhandenen Stoffs, um das Geschäftsgebaren gewisser Firmen gerecht zu würdigen. Nach Treu und Glauben im Verkehr widersprechen solche Verträge dem Sittlichkeitsempfinden eines jeden gerecht denkenden Menschen und sind daher nichtig: sie gewähren dem Lieferanten einen bedeutenden und gefahrlosen Gewinn, andererseits bedrücken sie die Besteller, die bei ihren kleinbürgerlichen Lebensverhältnissen wirtschaftlich geradezu beengt werden. Zudem müssen die Verträge nach der Art ihres Zustandekommens und wegen der absichtlichen Verschleierung des Inhalts beim Vertragsschluß als arglistig bezeichnet werden.

Dem kann auch nicht der Einwand entgegengesetzt werden, das nichtige Geschäft sei etwa nach § 141 BGB. dadurch neu vorgenommen worden, daß der Besteller einzelne Sendungen angenommen habe. Es kommt vor, daß ein Kunde in seiner Unkenntnis des Sachverhalts die ersten Sendungen angenommen und sich dann erst geweigert hat, eine spätere Sendung anzunehmen. Es mag auch sein, daß er von dieser Weigerung wieder absteht, weil ihm die liefernde Firma mit einer Klage droht und dabei auf die den Besteller treffenden großen Kosten aufmerksam macht. Dazu bestimmt ihn häufig seine wirtschaftlich schwächere Lage oder die Hoffnung durch eine gütliche Vereinbarung mit der Firma vom Vertrage loszukommen. Aber in solchen Vorgängen liegt noch nicht ein stillschweigendes Einverständnis mit den ursprünglichen Vertragsbestimmungen und keine nachträgliche Annahme, geschweige denn eine Neuvornahme des Geschäfts, ganz abgesehen davon, daß auch eine Neuvornahme nur wirksam wäre, wenn das Geschäft seinen unsittlichen Inhalt abgestreift hätte (Warneyer 1911 Nr. 388).

Auch ohne den in den wenigsten Fällen möglichen Nachweis, daß sich der Reisende bei der Entgegennahme der Bestellung unter Haftung seines Auftraggebers einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hat, läßt sich auf dieser Grundlage das Geschäftsgebaren unlauterer Firmen wirksam bekämpfen und der Richter wird Urteile finden, die dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes genügen. Erfreulich ist, daß schon einige Gerichte diesen Weg als gangbar erkannt und eingeschlagen haben. (Vgl. z. B. ein rechtskräftiges Urteil des LG. Nürnberg vom 23. Oktober 1913, 299/11).

Kleine Mitteilungen.

Zu Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 GebG. Die halbe Gebühr ist auch dann zu erheben, wenn das Verfahren nach § 144 ZVG. durchgeführt wird, nachdem der Verteilungstermin (§ 105 ZVG.) bereits begonnen hatte. Aus einem Beschlusse des Vollstreckungsgerichts, der vom Beschwerdegericht (Beschluß des LG. München I vom 27. Januar 1914, Beschw.-Reg. Nr. 46/1914 VII) bestätigt wurde, sei folgendes mitgeteilt:

Ein Anwesen wurde auf Betreiben des X zum Zwecke der Gemeinschaftsteilung versteigert und der Y um das Bargebot von 7000 *M* zugeschlagen; nach den Versteigerungsbedingungen blieben Rechte in Höhe von 24613 *M* bestehen. Das Vollstreckungsgericht bestimmte Termin zur Erlösverteilung nach § 105 ZVG. auf 8. März 1913; dieser wurde mehrmals verlegt. Im Termine vom 4. April 1913 fand sich beim Aufruf der Sache nur der Vertreter der Ersteherin ein, und beantragte Vertagung. Durch sofort verkündeten Beschluß wurde der Termin antragsgemäß auf 12. April 1913 vertagt. Inzwischen legte die Ersteherin die Nachweise gemäß § 144 ZVG., — abgesehen von den Gerichtskosten zu 44 *M* für den Verteilungstermin — vor, es wurde der Termin vom 12. April aufgehoben, und in der Folge nach § 144 ZVG. verfahren. Der rechnungsführende Sekretär hatte zunächst für das Verteilungsverfahren als Gerichtskosten den Betrag von 60 *M* Gebühr und 6 *M* Pauschale angesetzt. Später übersandte er dem Antragsteller noch eine Kostenrechnung über 44 *M*, nämlich 40 *M* Gebühr und 4 *M* Pauschale als weitere Kosten des Verteilungsverfahrens. Dagegen erhob der Antragsteller Erinnerungen mit dem Antrage, den rechnungsführenden Sekretär zur Absetzung der Beträge von 40 *M* und 4 *M* anzuweisen, da kein Verteilungsverfahren stattgefunden habe.

Nach Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 22 Ziff. 3 GebG. werden im Verfahren der Zwangsversteigerung zwecks Gemeinschaftsteilung „für das Verteilungsverfahren“ 5/10 der Sätze des § 8 GKG. erhoben; findet aber nach § 144 ZVG. kein Verteilungsverfahren statt oder wird nach § 143 ZVG. dieses Verfahren nach der Bestimmung des Verteilungstermins, aber vor dessen Beginn eingestellt, so werden nur 3/10 der Sätze des § 8 erhoben. Gemäß Abs. 2 des Art. 9 wird die Gebühr im Falle der Erteilung des Zuschlags nach dem Meistgebote berechnet. Bei der Wertklasse des vorliegenden Falls (30—32000 *M*) beträgt die 5/10-Gebühr 100 *M*, die 3/10-Gebühr 60 *M*, die Pauschsätze beziffern sich auf 10 *M* und 6 *M* (Art. 22, 7 GebG., § 80 b GKG.). Die nachgeforderten Beträge von 40 *M* und 4 *M* bilden den Unterschied zwischen der 5/10- und der 3/10-Gebühr nebst Pauschsatz aus der genannten Wertklasse. Schuldner der Gebühren gegenüber der Staatskasse ist, soweit sie nachzuerheben sind, mangels Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher (§ 118 ZVG.) der Antragsteller (Art. 22, 19 Abs. 1 GebG., vgl. Schmidt, GebG. Art. 19 Anm. 3, Steiner, ZVG. 2. Aufl. S. 263 Anm.).

Was den Gebührenansatz im gegebenen Falle betrifft, so ist Folgendes zu bemerken. Es wurde ein gerichtlicher Teilungsplan entworfen und auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt; der Verteilungstermin war vorher durch Zustellung den Beteiligten mitgeteilt worden (ZVG. §§ 105, 106). Der Termin vom 4. April 1913 nahm

durch den Aufruf der Sache seinen Anfang (ZPO. §§ 220 Abs. 1, 864, 869). Das gerichtliche Verteilungsverfahren wurde dann allerdings nicht durchgeführt, da im Termine selbst der Plan nicht aufgestellt und erörtert, und seine Ausführung nicht angeordnet wurde (vgl. §§ 113 ff., 117 f. ZVG.). Jene Durchführung des Verteilungsverfahrens ist aber nicht notwendige Voraussetzung der Gebührenpflicht nach Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 S. 1 GebG. Diese Vorschrift bestimmt, daß „für das Verteilungsverfahren" die halbe Gebühr des § 8 GKG. zu erheben ist; in Satz 2 a. a. O. sind nur zwei Ausnahmen zugelassen, nämlich für den Fall, daß nach § 144 ZVG. überhaupt kein Verteilungsverfahren stattfindet, oder daß nach § 143 ZVG. letzteres nach der Bestimmung des Verteilungstermins, aber vor dem Beginne eingestellt wird. Dagegen trifft das Gesetz eine derartige Unterscheidung wie im Falle des § 143 ZVG. nicht für den Fall des § 144 ZVG.; demnach ist hier für das gerichtliche Verteilungsverfahren als solches stets die halbe Gebühr zu entrichten, mag es ganz oder teilweise durchgeführt worden sein, also insbesondere dann, wenn es nach dem Aufruf des Verteilungstermins eingestellt wird und in der Folge das Verfahren nach § 144 ZVG. stattfindet. Diese Rechtsansicht findet eine Stütze durch den Vergleich der neuen Fassung des Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 GebG. mit der des früheren Art. 10 Abs. 1 Ziff. 2, welche lautete: „In den Zwangsversteigerungen werden erhoben ... 2. für das Verteilungsverfahren der volle Betrag, und, wenn dasselbe „vor dem Beginne des Verteilungstermins" erledigt wird, 5/10 jener Sätze."

De lege ferenda wäre wohl folgende Aenderung des Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 GebG. vorzuschlagen: „In dem Verfahren der Zwangsversteigerung werden erhoben ... 2. für das Verteilungsverfahren fünf Zehnteile jener Sätze. Wird aber das Verfahren nach § 143 oder § 144 ZVG. durchgeführt, so werden nur drei Zehnteile erhoben, es sei denn, daß der Teilungsplan bereits nach § 106 ZVG. auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt worden ist."

Amtsrichter Diemayr in München.

Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Unzuständigkeit des Gerichts. Die Ablehnung der Eröffnung oder die Nichteröffnung des Hauptverfahrens (§§ 202, 209 Abs. 2 StPO.) enthält eine materielle Erledigung der Strafsache; gegen diese Art der Erledigung gewährt § 209 Abs. 2 StPO. dem Ankläger das Recht der sofortigen Beschwerde. Rechtskräftige Ablehnung hindert nach § 210 StPO. regelmäßig die Wiederaufnahme der Klage.

Die Nichteröffnung des Hauptverfahrens hat aber nur das örtlich und sachlich zuständige Gericht zu beschließen — abgesehen von den Fällen, in denen nach § 207 StPO. auch ein sachlich unzuständiges Landgericht das Hauptverfahren vor einem anderen Gericht eröffnen kann. Im übrigen kann ein örtlich oder sachlich unzuständiges Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens in diesem materiellen Sinne nicht mit der Wirkung ablehnen, daß die Klage nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel wieder aufgenommen werden könnte (§ 210 StPO.). Vielmehr muß ein sachlich unzuständiges Gericht nach § 207 StPO. verfahren und ein örtlich unzuständiges sich auf seine Unzuständigkeitserklärung beschränken. Wird statt dessen formell die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgelehnt, so kommt diesem Beschlusse die Bedeutung einer materiellen Erledigung der Sache nicht zu und ist deshalb nicht die sofortige Beschwerde des § 209 Abs. 2 StPO., sondern die einfache, fristlose Beschwerde gegeben.

Dagegen wird eingewendet, daß § 209 Abs. 2 StPO. zwischen den Gründen der Ablehnung, d. h. zwischen formeller und materieller Ablehnung, nicht unterscheide. Allein die Stellung des § 209 weist darauf hin, daß bloß die materielle Ablehnung gemeint sein kann. Insofern ist Löwe, StPO. § 209 Note 4d, beizupflichten. Eigentümlich muß es aber berühren, daß derselbe Löwe — und zwar auch in der von Rosenberg besorgten Neuauflage 1913 — an einer anderen Stelle (N. 5b zu §§ 16—18 StPO.) wieder das Gegenteil hiervon behauptet. Zwei entgegengesetzte Ansichten können sich also je auf Löwe berufen. Solche Widersprüche in einem von einem einzigen Verfasser hergestellten und von einem einzigen Bearbeiter neu herausgegebenen Werke sollten aber doch vermieden werden; sie wären schließlich weniger gefährlich, wenn nicht gerade dieser Kommentar in der Praxis z. Zt. fast die ausschließliche Herrschaft besäße. Vgl. SeuffBl. f. RA. 1913 S. 125—127, wo ich ebenfalls auf einen in der Neuauflage stehengebliebenen Irrtum Löwes hingewiesen habe, auf den nicht sattelfeste Juristen leicht hereinfallen.

II. Staatsanwalt und Privatdozent Dr. Doerr in München.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Wann hört der Gläubigerverzug auf? Aus den Gründen: Das BGB. enthält keine ausdrückliche Vorschrift über die Beendigung des Gläubigerverzugs. Im § 262 des I. Entw. war bestimmt: „Der Verzug des Gläubigers hört für die Zukunft mit dem Zeitpunkt auf, in welchem er das Versäumte nachgeholt und sich zugleich zum Ersatze der in § 261 bezeichneten" (d. h. der dem Schuldner durch das erfolglose Anbieten sowie durch Aufbewahrung und Erhaltung des Gegenstandes der Leistung entstandenen) „Mehraufwendungen bereit erklärt hat". Die 2. Komm. strich diese Vorschrift, weil sie selbstverständlich sei, soweit darin ausgesprochen werde, daß der Verzug des Gläubigers aufhöre, wenn er das Versäumte nachhole, im übrigen teils bedenklich, teils unnötig sei. Beim Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift ist das Aufhören des Verzugs nach den Folgerungen aus der Natur des Verzugs zu bestimmen. Daraus ergibt sich, daß der Gläubiger sich bereit erklären muß, die dem Schuldner obliegende Leistung als solche, d. h. als auf Grund des Vertrags zu machende Leistung anzunehmen. Bei einem durch Entlassung des Arbeitnehmers begründeten Annahmeverzuge des Arbeitgebers ist mithin die Beseitigung der Folgen des Annahmeverzugs jedenfalls nur dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber die Folgen der Entlassung dem Schuldner gegenüber wieder beseitigt, soweit das überhaupt möglich ist, also sich ihm gegenüber unzweideutig auf den Standpunkt stellt, daß er die Dienste des Schuldners als vertragsmäßige, d. h. auf

Grund des noch bestehenden Vertrags zu leistende, annehmen zu wollen erklärt. Er muß also klar zu erkennen geben, daß die Entlassung zu Unrecht erfolgt sei. In diesem Sinne ist hier das Schreiben der Beklagten nicht zu verstehen. Sie erklärt sich darin bereit, den Kläger unter den Bedingungen des früheren Vertrags „wieder anzustellen", nicht aber, das frühere Vertragsverhältnis fortzusetzen. Das kann auch dahin verstanden werden, daß sie ein neues Vertragsverhältnis mit dem Kläger unter den Bedingungen des früheren Vertrags eingehen will. Wäre der Kläger darauf eingegangen, so hätte hieraus gegen ihn gefolgert werden können, daß er selbst den früheren Vertrag als aufgehoben behandelt habe. (Urt. des III. ZS. vom 10. März 1914, III 497/13). —a—

3331

II.

Verbindung von Gegenständen mit einem Grundstücke durch den Pächter. „Vorübergehender Zweck" i. S. des § 95 BGB. Aus den Gründen: Der Berufungsrichter nimmt an: Die von H. auf der gepachteten Grundfläche errichteten Baulichkeiten und Maschinen seien nicht zu Bestandteilen der Grundfläche geworden, sondern im Rechtssinne bewegliche Sachen geblieben. Die Revision meint, das BG. gründe dies darauf, daß es den § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. für wenigstens sinngemäß anwendbar erachte. Das LG. legt jedoch dar, daß die Baulichkeiten und die Maschinen nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht zu Bestandteilen geworden seien, weil sie nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden worden seien. Allerdings bemerkt es dabei, es sei anzunehmen, daß der Gesetzgeber auch die von einem dinglich Berechtigten mit einem Grundstücke verbundenen Gebäude und Werke als nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden habe angesehen wissen wollen, und daß nur zur Beseitigung von Zweifeln in dieser Hinsicht der Satz 2 in den Abs. 1 des § 95 eingefügt worden sei. Ob dies zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls beruht auf dieser Ansicht die Entscheidung nicht. Denn das BG. erklärt zuvor selbst, die Klägerin könne sich auf Satz 2 des Abs. 1 des § 95 nicht berufen, weil das Pachtrecht des H. gegenüber der Grundstückseigentümerin nicht ein dingliches Recht an dem Grundstück i. S. dieser Vorschrift sei. Die Darlegung aber, daß nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB. die Baulichkeiten und Einrichtungen nicht Bestandteile geworden seien, läßt keine Gesetzesverletzung erkennen. In der Regel ist anzunehmen, daß, wenn ein Pächter Gegenstände mit dem gepachteten Grundstück verbindet, dies zu einem vorübergehenden Zweck i. S. des § 95 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB. geschieht, indem der Wegfall der Verbindung spätestens mit der Beendigung der Pachtzeit von vornherein vom Pächter beabsichtigt worden ist. Ob die Pachtzeit kürzer oder länger dauert, macht keinen Unterschied. Maßgebend ist vielmehr für die Annahme der Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck, daß der verbindende Pächter die verbundenen Sachen nicht dauernd auf dem Grundstück hat lassen wollen, sondern die Verbindung nur in einer zeitlichen Begrenzung beabsichtigt hat, die spätestens mit dem Ablauf der Pachtzeit endete. Daher steht hier der Annahme der Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck nicht entgegen, daß der Pachtvertrag auf 25 Jahre geschlossen war, die verpachtende Stadt sich auch verpflichtet hatte, nach Ablauf dieser Pachtzeit auf Verlangen des Pächters einen neuen Pachtvertrag auf 25 Jahre zu schließen, und daß H. gehofft hat, er werde auch nach 50 Jahren die Pachtung wieder bekommen. Dies um so weniger, als nach § 5 des Pachtvertrages ausdrücklich ein Recht der Verpächterin vorgesehen war, in gewissen Fällen sogar die sofortige Aufhebung des Vertrages und die Räumung des Pachtgrundstücks zu verlangen, und dann dem Pächter bei Rückgewähr des Grundstücks kein Anspruch auf Vergütung wegen etwaiger Einrichtungen zustehen sollte. Auch stellt das BG. fest, daß man davon ausgegangen ist, H. habe die Anlagen nur für die Dauer des Pachtvertrages angebracht, und daß H. zwar das Fabrikgebäude fest in Eisenbeton errichtet hat, weil er gehofft hat, die Pachtung auch nach 50 Jahren wieder zu bekommen, daß er aber nicht daran gedacht hat, die Anlagen auch nach Beendigung des Pachtverhältnisses auf dem Grundstücke zu lassen. Aus den Feststellungen ergibt sich, daß H. bei Errichtung des Fabrikgebäudes und Anbringung der Einrichtungen sich vorgestellt hat, diese Anlagen würden fortdauernd zu seiner freien Verfügung stehen und er werde sie spätestens bei Beendigung des Pachtverhältnisses früher oder später vom Grundstück entfernen. Daraus folgt, daß nach der Absicht des H. die Verbindung nur vorübergehend sein sollte. Die Urteile RGZ. 62, 411; 63, 422, auf welche die Revision sich bezieht, betreffen Gegenstände, die dem Grundstückseigentümer unter Eigentumsvorbehalt geliefert waren, und haben hier keine Bedeutung. Allerdings wird bei einem Pachtverhältnis die Verbindung von Sachen mit dem Grundstück nicht immer als nur vorübergehend gewollt sein, vielmehr kann die Absicht darauf gerichtet sein, die Verbindung dauernd bestehen zu lassen. So z. B. wenn der Pächter eine Aussaat vornimmt oder wenn die Verbindung zur Erfüllung einer dem Pächter dem Verpächter gegenüber obliegenden Verpflichtung, wie der Instandsetzung oder Instandhaltung, erfolgt. Aber gerade bei besonders wertvollen Sachen von dauerndem Bestande wird die Verbindung, wenn sie nicht etwa in Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Pachtvertrage vorgenommen wird, zu vorübergehendem Zweck bewirkt sein, so auch die Verbindung von Gebäuden und Einrichtungen, da nicht die Absicht des Pächters bestehen wird, diese Sachen auf dem Grundstück auch nach Beendigung der Pachtzeit zu belassen. (Urt. d. V. ZS. vom 25. März 1914, V 527/13). ———n.

3353

III.

Vertrag mit dem Rechtsanwalt als Werkvertrag; Einrede der Wandlung. Aus den Gründen: Das vertragliche Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Klienten ist regelmäßig ein Dienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB. (RG. 57, 107) oder, wie RGSt. 39, 121 sich ausdrückt: ein Dienstvertrag, der zugleich eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.). Hier hat der unter den Parteien geschlossene Vertrag jedoch einen besonderen Inhalt. Unter den Parteien war ausgemacht, daß der Kläger in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt gegen Ersatz der gesetzlichen Gebühren den bereits zwischen dem Beklagten und dem Chinesen J. schriftlich abgeschlossenen Vertrag über Ausbeutung einer Kohlengrube in die dem chinesischen Berggesetze vom 20. Sept. 1907 entsprechende Gestalt bringen solle. Zu diesem Zweck sollte der Kläger auch mit dem deutschem Konsulat verhandeln. Dieser Vertrag war ein Werkvertrag nach §§ 631 ff., der zugleich eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hatte. Der Kläger versprach einen bestimmten durch seine Arbeit zu erreichenden Erfolg, nämlich die Herstellung eines nach chinesischem Rechte brauchbaren Vertrags gegen Entrichtung der gesetzlichen Vergütung und die Besorgung der dazu nötigen Verhandlungen mit dem deutschen Konsulat. Darüber, daß die Annahme eines Werkvertrags auch hinsichtlich der Tätigkeit eines Rechtsanwalts möglich ist, siehe RG. 52, 367. Auch die Rechtslehre ist für eine solche Auffassung unter besonderen Umständen eingetreten. (Friedländer, RAO. Anm. 128 vor § 30, RGRKomm. vor § 611 Ziff. 26). JW. 1905, 502[25] läßt die Frage dahingestellt, verweist aber darauf, daß die dort angeführten Schriftsteller, die als die große Mehrzahl bezeichnet werden, sich mehr oder weniger bestimmt

für die Annahme eines Werkvertrags ausgesprochen haben, wenn ein durch Arbeits- oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg den Inhalt des Vertrags bildet. Der versprochene Erfolg war hier nicht die Erlangung der behördlichen Genehmigung des vom Kläger herzustellenden Vertrags. Auf ein Verlangen, daß die Gebühren nur dann sollten gefordert werden können, wenn die behördliche Genehmigung erteilt werde, würde ein Rechtsanwalt niemals eingehen können. Eine andere Auslegung würde den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte widersprechen. Nach §§ 633, 634 BGB. kann der Besteller wandeln, wenn das Werk mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Diesen Fall will der Beklagte hier als gegeben behaupten. Er hat zwar nur die Zahlung verweigert, also rein äußerlich die Einrede des nichterfüllten Vertrags vorgeschützt. Allein es steht fest, daß der Vertrag überhaupt nicht mehr erfüllt werden soll, für die bloß verzögerliche Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags ist deshalb kein Raum. Der Beklagte muß sich für einen Rechtsbehelf entscheiden, der eine endgültige Regelung der Beziehungen herbeiführt, er behauptet, das vom Kläger abgelieferte Werk sei wegen juristischer Verstöße unbrauchbar und wertlos. Es könne daraufhin eine behördliche Genehmigung niemals erreicht werden. Dieses Vorbringen, das den Bekl. zur endgültigen Zahlungsweigerung berechtigen soll, enthält die Einrede der Wandlung nach § 634 BGB. Diese Einrede ist nicht begründet, dem vom Kläger gelieferten Werke haftet kein Fehler an. (Wird ausgeführt). (Urt. d. III. ZS. v. 17. März 1914, III 468/13). —a—

3330

IV.

Anfechtung des Mietvertrags wegen arglistiger Täuschung. Offenbarungspflicht des Vermieters. Aus den Gründen: Die Anfechtung wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln der Mietsache wird durch die Sondervorschriften des Mietrechts über die Rechte des Mieters wegen Mängel der Mietsache nicht ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des RG. unterliegt ein Kaufvertrag über eine bestimmte Sache der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung über Mängel der Kaufsache gemäß § 123 BGB. und nicht, wie die Erfüllung eines Gattungskaufs durch Lieferung einer mangelhaften Sache, deren Mängel der Verkäufer arglistig verschwiegen hat, nur den Gewährleistungsansprüchen der §§ 459 ff. (vgl. RGZ. 62, 126; 70, 429; JW. 12, 340; 13, 88; Warneyer 13 Nr. 190). Ebenso stehen auch der Anwendung des § 123 auf den Fall der arglistigen Täuschung über Mängel der Mietsache die Vorschriften der §§ 537 ff. nicht entgegen. Das von der Revision betonte Interesse des Vermieters, nicht des Betruges geziehen zu werden, rechtfertigt die abweichende Ansicht nicht. Wer sich der arglistigen Täuschung schuldig macht, verdient keine besondere Begünstigung (vgl. außerdem § 540). Mit der Rechtsprechung (vgl. RGZ. 62, 149; 69, 15; 77, 314; JW. 14, 138) und der Rechtslehre steht es im Einklange, wenn das BG. den Bekl. für verpflichtet erklärt, auch ohne Frage der Klägerin diese auf den Mangel (Vorhandensein eines Bäckereibetriebes) aufmerksam zu machen. Es nimmt nicht etwa allgemein eine Offenbarungspflicht des Vermieters hinsichtlich der ihm bekannten Mängel der Mietwohnung an, sondern erklärt für erforderlich, daß das Verschweigen der Mängel den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht, und daß der Mieter nach der Verkehrsanschauung unter den gegebenen Umständen die Mitteilung erwarten darf. Die besonderen Umstände, die den Bekl. zum Hinweis auf den Bäckereibetrieb verpflichteten, findet das BG. in der Erheblichkeit der durch ihn verursachten Uebelstände, über die sich frühere Inhaber der Wohnung, andere Hausgenossen und Nachbarn beschwert haben, ferner in der dem Bekl. bekannten Tatsache, daß wegen der Bäckerei viele Mietlustige vom Mieten Abstand genommen hatten. Endlich in dem in den Mietverträgen festgelegten Gebrauchszwecke der Wohnung, der Errichtung eines vornehmen Pensionats, dessen Betrieb die Vermietbarkeit jedes einzelnen Zimmers, unbedingte Ruhe der zu vermietenden Räume und Freiheit von üblen Gerüchen und von ungewöhnlicher Hitze erfordere. Die durch die Bäckerei verursachten Uebelstände würden die Wohnung zu dem vertragsmäßigen Gebrauch untauglich machen oder doch in ihrem Gebrauchswert erheblich beeinträchtigen. In diesen Ausführungen ist keine Ueberspannung der Pflichten des Vermieters zu finden. (Urt. d. III. ZS. vom 13. März 1914, III 495/13).

3329 —a—

V.

Vertragshaftung wegen Unfalls des Kurgastes durch glatten Fußboden im Kurhause. Aus den Gründen: Das BG. hat als erwiesen angesehen, daß der Fußboden der Wandelhalle des Kurhauses so glatt ist, daß ein jeder, der beim Gehen über ihn nicht die größte Vorsicht anwendet, in Gefahr ist, auszugleiten und hinzustürzen. Hieraus ergibt sich aber nicht, wie die Revision meint, daß das BG. der beklagten Stadt die Verwendung von Marmor als Fußbodenbelag vorwerfen will. Es nimmt nur, und zwar mit Recht, eine Verpflichtung der Beklagten an, die durch die Glätte eines solchen Fußbodenbelags für den Verkehr entstehende Gefahr durch geeignete Mittel auszuschließen. Dieser Verpflichtung ist die Beklagte auch nicht etwa deshalb enthoben, weil es sich hier um einen Prachtbau handelt. (Recht 1910 Nr. 3764). Die Beklagte konnte die mit der Glätte des Marmorfußbodens verbundene Gefahr des Ausgleitens und Fallens dadurch ausschließen, daß sie den Boden genügend mit Teppichen bedeckte. Sie hat nun zwar in den Hauptverkehrsrichtungen Läufer von 1,25 m Breite gelegt. Diese Breite hält das BG. jedoch ohne Rechtsirrtum für nicht ausreichend an Stellen mit besonders starkem Verkehr, wie in der Nähe der Wirtschaft, wo der Kläger sich befand, als er fiel. Aus der Wirtschaft konnte oft gleichzeitig eine größere Anzahl von Personen kommen, die nicht hintereinander sondern nebeneinander den Läufer begehen und daher ihnen entgegenkommende Personen um des bequemen Ausweichens willen leicht dazu veranlassen können, von dem nur für zwei Personen nebeneinander Raum bietenden Läufer auf den Marmorboden zu treten. Allerdings ist auch an solchen Stellen mit stärkerem Verkehr und in einem Falle wie dem eben angenommenen die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß alle auf dem Wege von und zu der Wirtschaft befindlichen Personen aneinander vorübergehen, ohne den Läufer zu verlassen. Auf diese Möglichkeit kann sich die Beklagte aber nicht berufen, da sich der Verkehr erfahrungsmäßig nicht in einer solchen streng geregelten Form abspielt. Mag auch anzunehmen sein, daß der Kläger, wenn er den ihm aus der Wirtschaft entgegenkommenden Personen unzweideutig seinen Willen zu erkennen gegeben hätte, den Läufer nicht zu verlassen, diese Personen dadurch veranlaßt haben würde, einzeln hintereinander an ihm vorbeizugehen, mag also für den Kläger eine unvermeidliche Notwendigkeit zum Betreten des Marmorfußbodens nicht vorgelegen haben, so hat doch das BG. ohne Rechtsirrtum ein Mitverschulden des Klägers verneint. Mit einer außerordentlichen Glätte des Fußbodens war nach der Feststellung des BG. nicht zu rechnen. Selbst wenn sich nun der Kläger nach der allgemeinen Erfahrung sagen mußte, daß Marmorfußboden eine gewisse Glätte hat und beim Begehen größere Vorsicht erfordert als ein aus Dielen bestehender Fußboden, so liegt doch kein Verschulden darin, daß der Kläger nicht sofort diese Erwägung anstellte, als er zum Zwecke des Ausweichens zur Seite

und auf den Marmorfußboden trat. Ganz abgesehen davon ist aber auch gar nicht festgestellt, daß der Kläger sich beim Betreten des Marmorfußbodens irgendwie unvorsichtig benommen hätte. Gegangen ist er auf dem Marmorfußboden überhaupt nicht, vielmehr sofort beim Auftreten auf den Marmorboden gefallen. (Urt. des III. ZS. vom 10. Februar 1914, III 473/13). —a—

3282

VI.

Unrichtig datiertes eigenhändiges Testament. Aus den Gründen: Das OLG. stellte die tatsächliche Unrichtigkeit des im Testament angegebenen Datums fest. Es hält das Testament aber für gültig. Es führt aus: Auch wenn man dem Reichsgerichte darin beipflichten wolle, daß dem eigenhändigen Testament im Falle der Unrichtigkeit des Datums regelmäßig die rechtliche Wirksamkeit zu versagen sei, wenn nicht das richtige und nur versehentlich falsch beurkundete Datum aus dem sonstigen Inhalte des Testaments ohne weiteres erkannt werden könne, so müsse doch diesem Rechtssatze dann die Anerkennung versagt werden, wenn im einzelnen Falle trotz der Unrichtigkeit des Datums die Interessen zweifellos gewahrt seien, deren Wahrung das angebliche Erfordernis der Richtigkeit des Datums dienen solle. Das Erfordernis solle einen Schutz gegen absichtliche oder unbeabsichtigte Verschleierungen für Fälle schaffen, in denen Ort und Zeit der Errichtung des Testaments auf seine Gültigkeit von Einfluß sein könnten. Hier jedoch sei ein solcher Schutz gegenstandslos, da die Testamentsfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkte der tatsächlichen Vollendung des Testaments, die gesetzliche Zulässigkeit der Errichtung eines eigenhändigen Testaments am Orte der tatsächlichen Vollendung des Testaments und der Mangel späterer letztwilliger Verfügungen, die die Fortdauer der Gültigkeit des Testaments in Frage stellten, vollständig außer Zweifel seien. Abgesehen von diesen der Lage des Falles zu entnehmenden Erwägungen könne aber überhaupt nicht anerkannt werden, daß die Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe im eigenhändigen Testamente regelmäßig die Voraussetzung seiner Gültigkeit sei. Die in § 2231 Nr. 2 BGB. vorgeschriebene Angabe des Ortes und des Tages der Erklärung solle ohne Rücksicht auf ihre Richtigkeit nur der möglichst sicheren Abgrenzung vollendeter letztwilliger Verfügungen von unfertigen, nur als Entwürfe anzusehenden, eine spätere Testamentserrichtung nur vorbereitenden Niederschreibungen dienen. Die Datierung sei Angabe zwar nicht eines beliebigen, aber auch nicht notwendig des Ortes und Tages, an denen, wohl aber desjenigen Ortes und Tages, für die das Testament errichtet sei, so daß es trotz seiner etwaigen Errichtung an einem andern Tage oder einem andern Orte dieselbe Geltung haben solle, wie wenn es an jenem Tage oder Orte errichtet worden sei.

Geht man jedoch einmal mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats davon aus, daß der nach § 2231 Nr. 2 BGB. zur Gültigkeit des eigenhändigen Testaments erforderlichen Angabe des Ortes und des Tages der Errichtung die rechtliche Bedeutung, nicht einer Willenserklärung, sondern eines Zeugnisses zukommt und daß sie deshalb bei Meidung der Nichtigkeit des Testaments der Wahrheit entsprechen muß, so ist es ausgeschlossen, von dem Erfordernisse der Richtigkeit des Datums abzusehen, wenn im einzelnen Falle die Interessen nicht gefährdet sind, zu deren Wahrung das Gesetz dieses Erfordernis aufstellt. Die gegenteilige Annahme würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen und schon deshalb selbst dann abzulehnen sein, wenn § 2231 Nr. 2 BGB. insoweit nicht als eigentliche Formvorschrift anzuerkennen sein sollte, als er die sachliche Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe fordert. Es kann sich daher nur noch fragen, ob die Ausführungen des OLG. dem Senate Veranlassung bieten, von seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung abzugehen und anzunehmen, daß die Gültigkeit des eigenhändigen Testaments von der Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe unabhängig sei. Diese Frage muß verneint werden. Alle Bedenken, denen das OLG. in Anlehnung an die Darlegungen von Hölder (IheringsJ. Bd. 52 S. 311) und Strohal (Erbrecht³ Bd. I § 21a S. 107 ff.) Ausdruck gibt, sind bereits früher in der Rechtslehre hervorgetreten. Sie sind vom Senate schon berücksichtigt worden und können seine Ansicht nicht erschüttern. (Urt. d. IV. ZS. v. 7. März 1914, IV 33/13). ———n.

3355

Nachschrift des Herausgebers. Das Urteil des OLG. Jena, über dessen Schicksal in der Revisionsinstanz hier berichtet wird, hatte ein gewisses Aufsehen erregt, weil das OLG. bewußt die Bahn einer neuzeitlichen Rechtsanwendung betreten hatte. Ob das in besonders glücklicher Weise geschehen war, mag unerörtert bleiben. Man kann im Einzelpunkte verschiedener Meinung sein, ohne deshalb das gute Recht der Grundansicht zu verkennen. Deshalb darf auch die mißbilligende Entscheidung des Reichsgerichts nicht dazu führen, daß sich die Untergerichte nicht mehr neue Pfade zu gehen getrauen. Es wird nie von einem Tage zum andern Frühling.

VII.

Eigenhändiges Testament, das Lücken für spätere Anordnungen läßt und bei dem die Unterschrift auf einer leeren Seite steht. Beweislast. Auf einem Briefbogen, und zwar auf der ersten, zweiten und dritten Seite, hatte die Erblasserin einzelne Verfügungen niedergeschrieben; auf der ersten Seite standen Ort und Tag. Auf der vierten Seite, in der Mitte der untern Hälfte, steht der Name der Erblasserin. Die vierte Seite ist im übrigen unbeschrieben.

Aus den Gründen: Das OLG. hat ausgeführt, die Urkunde enthalte die Angabe des Ortes und des Tages der Errichtung sowie die Unterschrift der Erblasserin. Sodann heißt es: „Hiernach entspricht die Urkunde der in § 2231 Nr. 2 BGB. geforderten Form und es ist nach den für Testamente geltenden Auslegungsregeln (vgl. auch §§ 2086 und 2084 BGB.) davon auszugehen, daß eine wirksame letztwillige Verfügung vorliegt. Sache der Beklagten ist es, der den Formvorschriften entsprechenden Urkunde gegenüber den Beweis zu erbringen, daß es sich nicht um ein gültiges Testament, sondern um einen unwirksamen Aufschrieb handle." Wenn die Entscheidung auf diesen Sätzen beruhte, so wäre sie aufzuheben. Es ergibt sich jedoch aus den übrigen Ausführungen, daß die Begründung dahin zu verstehen ist: Es liegt ein Schriftstück vor, das sich als Erklärung des letzten Willens darstellt. Den in § 2231 Nr. 2 bestimmten Erfordernissen ist genügt. Die Schrift zeigt Lücken, die die Absicht späterer Ergänzung der Anordnungen erkennen lassen; auch erstrecken sich die Anordnungen nicht über den ganzen Nachlaß. Das ist jedoch nicht von Bedeutung. Trotz Vorbehalts einer Ergänzung sind die einzelnen Anordnungen wirksam. Auch ist aus den Lücken in der Schrift und aus dem Mangel einer über den ganzen Nachlaß sich erstreckenden Verfügung nicht zu folgern, daß die ganze Niederschrift nur ein Entwurf sein sollte. Dagegen spricht die Art, wie die einzelnen Verfügungen gefaßt und geschrieben sind, die Angabe des Datums, die Ueberschrift „Mein letzter Wille" und vor allem die Unterschrift mit den sämtlichen Vornamen. Das genügt mangels entgegenstehender Tatsachen zu der Annahme, daß die Erblasserin wollte, die niedergeschriebenen Bestimmungen sollten jedenfalls gelten und wirksam sein, möchten weitere noch getroffen werden oder nicht. Wird die Begründung so verstanden, so ist die Entscheidung bedenkenfrei.

Die Revision rügt Verletzung des § 2231 Nr. 2, weil sich die Unterschrift der Erblasserin auf einer leeren Seite befinde, daher das auf den vorhergehenden Seiten Niedergeschriebene nicht decke. Die Rüge ist nicht begründet. Das BG. hat festgestellt, daß die Erblasserin ihren Namen als Unterschrift zu den auf den ersten 3 Seiten des Schriftstücks befindlichen Verfügungen geschrieben hat. Da die Unterschrift sich am Schlusse befindet, deckt sie die ganze auf dem Briefbogen befindliche Niederschrift. Der an sich auffällige Umstand, daß die Unterschrift auf einer im übrigen leeren Seite steht, findet seine Erklärung in der Absicht der Erblasserin, die getroffenen Anordnungen später zu ergänzen. Die Anwendung des § 2231 Nr. 2 ist nicht zu beanstanden. Die zweite Rüge, es sei die Beweislast verkannt, kann keinen Erfolg haben, weil die Begründung des Berufungsurteils anders aufzufassen ist, als die Revision angenommen hat. Es ist nicht verkannt, daß der Kläger den Beweis zu führen hatte, die Erblasserin habe ihm durch ein gültiges Testament das Vermächtnis ausgesetzt; das BG. hat aber angenommen, daß dieser Beweis geführt sei und daß es Sache der Beklagten sei, Gegenbeweis zu erbringen und darzutun, daß und aus welchen Gründen die den Formvorschriften entsprechende, letztwillige Anordnungen enthaltende Urkunde kein gültiges Testament sei. Der Revision ist zuzugeben, daß für die Frage, ob das Schriftstück als Testament oder als Entwurf anzusehen ist, die Auslegungsregel des § 2084 überhaupt nicht, die Vorschrift des § 2086 nicht unmittelbar anwendbar ist. Die Erfordernisse eines gültigen Testaments bemessen sich nach den Vorschriften der §§ 2229 ff. Die in §§ 2231, 2238 bezeichnete Erklärung des Erblassers muß letztwillige Anordnungen zum Gegenstand haben. Bringt ein Erblasser den Entwurf eines Testaments zu Papier, so fehlt ihm der Wille, durch das Niederschreiben eine letztwillige Anordnung zu treffen. § 2086 setzt voraus, daß ein Testament vorliegt. Durch § 2086 soll verhütet werden, daß der formgerecht erklärte Wille eines Erblassers, der die Anordnungen späterhin zu ergänzen beabsichtigt, wegen des Vorbehalts der Ergänzung ohne weiteres als unwirksam angesehen wird. Macht aber der Vorbehalt der Ergänzung die getroffene Anordnung nicht von der beabsichtigten Ergänzung abhängig, so läßt sich auch daraus, daß ein Erblasser Anordnungen unter dem Vorbehalt der Ergänzung niedergeschrieben hat, nicht schließen, daß er noch nicht den Willen gehabt habe, letztwillig zu verfügen, also ein Testament zu errichten. Insofern läßt sich also § 2086 auch bei der Frage in Betracht ziehen, ob eine Schrift eine Erklärung des letzten Willens enthält oder ob sie nur ein Entwurf ist. Hier hat die Erblasserin zwar eine Ergänzung ihrer Verfügungen nicht ausdrücklich vorbehalten, aber sie hat in dem Schriftstücke Raum freigelassen, um später ergänzende Anordnungen hineinzuschreiben. Damit hat sie den Vorbehalt der Ergänzung ausgedrückt. Das macht gemäß § 2086 die tatsächlich getroffenen Verfügungen nicht unwirksam. (Urt. des IV. ZS. vom 26. Februar 1914, IV 603/13).

8354 — — — n.

VIII.

Inwieweit kann gegenüber einer Klage aus § 717 ZPO. eingewendet werden, daß der Geschädigte Rechtsbehelfe zur Einstellung der Vollstreckung nicht benützt habe? Kann § 831 BGB. auf das Verhältnis des Auftraggebers zum prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt angewendet werden? In einem früheren zwischen den nämlichen Streitteilen mit umgekehrten Parteirollen geführten Rechtsstreit war streitig, ob der jetzige Kläger die in seiner Wirtschaft erzeugte Milch zu einem bestimmten Preise an die Beklagten liefern müsse. Das LG. hatte damals den jetzigen Kläger durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil verurteilt, die Milch zu liefern; dagegen hat das OLG. die Klage abgewiesen. In der Zeit bis zum Urteil des OLG. hatte der jetzige Kläger die Milch an den Beklagten geliefert. Er behauptet nunmehr, er habe einen Schaden von 4348 M erlitten, weil er an einer vorteilhafteren Verwendung der Milch gehindert worden sei und verlangt Ersatz auf Grund des § 717 Abs. 2 ZPO. Die Vorgerichte wiesen ab. Das RG. hob auf.

Aus den Gründen: Das OLG. spricht dem Kläger einen Ersatzanspruch ab, weil der Schaden vorwiegend durch sein Verschulden verursacht worden sei; er habe versäumt, die von der Prozeßordnung gewährten Rechtsbehelfe zu benützen, durch welche die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteil des LG. im Vorprozesse hätte herbeigeführt werden können. Dabei läßt es das OLG. dahingestellt, ob das Verschulden dem Kläger persönlich oder einem seiner Rechtsanwälte zur Last zu legen sei, weil der Kläger für ein Verschulden seiner Rechtsanwälte auf Grund des § 831 BGB. einzustehen habe.

Mit Recht bestreitet die Revision, daß in dem Verhalten des Klägers oder seiner Anwälte ein Verschulden zu finden sei. Zwar ist zuzugeben, daß der Schuldner, gegen den eine Zwangsvollstreckung aus einem nur vorläufig vollstreckbaren Titel stattfindet oder bevorsteht, unter Umständen schuldhaft handelt, wenn er versäumt, die Rechtsbehelfe zur Abwendung der Vollstreckung zu gebrauchen; dies wird insbesondere der Fall sein, wenn der Verurteilte das Urteil durch Geltendmachung solcher Umstände bekämpfen kann, die dem Gegner nicht bekannt sind, oder wenn bei der Entstehung des Schadens Ursachen mitwirken, deren Bedeutung der Gegner nicht übersehen kann. Solches liegt aber hier nicht vor, und auch die sonstigen Umstände lassen kein Verschulden des Klägers erkennen. Der Kläger hatte im Vorprozesse schon in der 1. Instanz beantragt, es möge ihm gestattet werden, durch Sicherheitsleistung die Vollstreckung abzuwenden; dieser Antrag konnte jedoch keinen Erfolg haben, da die damaligen Kläger sich zur Sicherheitsleistung erboten, um die Vollstreckbarkeit herbeizuführen; zu einem Antrag auf Abwendung der Vollstreckung gemäß § 712 ZPO. fehlte es an der Voraussetzung, der Gefahr eines nicht zu ersetzenden Nachteils. Nachdem die damaligen Kläger erreicht hatten, daß das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde, kam nur noch in Frage, ob durch einen Antrag beim Gerichte 2. Instanz die Einstellung der Vollstreckung hätte erreicht werden können. Das OLG. nimmt selbst an, daß wenigstens nach der Anschauung des Klägers, nur wenig Aussicht auf Erfolg eines solchen Antrags vorhanden gewesen sei. Jedenfalls hätte sich der Kläger durch den Antrag der Gefahr ausgesetzt, die dadurch erwachsenden Kosten tragen zu müssen. Zudem war sehr fraglich, ob es dem Kläger möglich war, der Vollstreckung durch Erwirkung eines Beschlusses auf Einstellung zuvorzukommen; denn die Hinterlegung der Sicherheit, die Zustellung des Urteils und die Einleitung zur Zwangsvollstreckung konnte unter Umständen innerhalb ganz kurzer Zeit erfolgen, ohne daß der Kläger inzwischen noch Kenntnis vom jeweiligen Stande der Sache zu bekommen brauchte. Auf der anderen Seite behauptet der Beklagte gar nicht, daß er durch Unterlassung der Vollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil in die Gefahr geraten wäre, nach Erledigung des Prozesses für die etwaigen Ersatzansprüche beim Kläger keine Deckung erlangen zu können. Es ist rechtlich nicht zu billigen, wenn der Beklagte es seinem Gegner als Verschulden anrechnen will, daß er es unterlassen habe, Mittel von zweifelhafter und möglicherweise ihm selbst nachteiliger Wirkung anzuwenden, um ihn an der Ausführung von Schritten zu verhindern, die er mit vollem Bedacht und mit voller Kenntnis der Sachlage unternahm. Eine so weit gehende Rücksicht auf die Interessen des Gegners verlangt



§ 254 Abs. 2 BGB. von dem durch einen Schaden Bedrohten nicht.

Es soll noch bemerkt sein, daß die vom OLG. vorgenommene Anwendung des § 831 BGB. auf die Tätigkeit eines als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalts rechtlich verfehlt ist. (Urt. des IV. ZS. vom 15. Dezember 1913, IV 369/13). ———n.

3242

B. Straffachen.

I.

„Ankündigen" und „Anpreisen" i. S. des § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Aus den Gründen: Es ist festgestellt, daß der Angeklagte die Frauenduschen mit anderen Gegenständen durch seine Reisenden, Drogisten und Kleinhandlungen angeboten hat und daß er sie insbesondere dem Drogisten H. in E. hat anpreisen lassen. Die Urteilsgründe bieten keinen Anhalt dafür, daß das LG. angenommen hätte, die Ankündigung und Anpreisung an die Drogisten und Kleinhandlungen sei um deswillen eine Ankündigung und Anpreisung an das Publikum, weil die Drogisten und Kleinhändler nach dem Willen des Angeklagten von den Reisenden wahllos besucht worden seien, also kein bestimmter, abgeschlossener Personenkreis seien, sondern eine Mehrzahl unbestimmt welcher und wie vieler Personen, mithin selbst „das Publikum". Das LG. geht vielmehr anders vor. Es sieht nicht in dem Anbieten (Ankündigen und Anpreisen) an die Drogisten und Kleinhändler für sich allein das Ankündigen und Anpreisen an das Publikum, sondern darin, daß den Kleinhändlern und Drogisten die Gegenstände zum Zwecke des Weiterverbreitens an das Publikum angeboten und geliefert wurden und daß sie auch wirklich die Gegenstände durch Ausstellen in ihren Schaufenstern dem Publikum anpriesen. Diese Tatsache — so sagt das LG. —: „ist dem Angeklagten zuzurechnen, da das in seiner Absicht lag, als er die Spritze durch seine Reisenden den Kleinhandlungen anpreisen ließ." Mit Recht macht die Revision geltend, daß damit nicht genügend dargetan ist, daß der Angeklagte dem Publikum die Gegenstände angepriesen hat. Gewiß ist nach § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB. nicht nur zu bestrafen, wer persönlich einen zu unzüchtigem Gebrauche bestimmten Gegenstand dem Publikum ankündigt oder anpreist, sondern auch, wer sich zur Ankündigung oder Anpreisung eines Anderen bedient. Der Angeklagte könnte darum unter Umständen sehr wohl als Täter verantwortlich gemacht werden, wenn er im eigenen Interesse, um das Publikum auf die Gegenstände aufmerksam zu machen und ihren Absatz zu fördern, die Kleinhandlungen veranlaßt hätte, die Duschen in den Schaufenstern auszustellen, oder wenn er dazu gar besondere Ausstellungsstücke geliefert hätte. Nach dieser Richtung reichen aber die Feststellungen des LG. nicht aus. Sie lassen vielmehr die Möglichkeit offen, daß der Angeklagte selbst nicht dem Publikum ankündigen und anpreisen, sondern nur den Drogisten und Kleinhändlern verkaufen wollte und daß er sich hiervon nicht abhalten ließ, trotzdem ihm bekannt oder doch nicht unwahrscheinlich war, daß die Kleinhändler es an Anpreisungen gegenüber dem Publikum der ihnen drohenden Strafe ungeachtet nicht würden fehlen lassen. Dieser Sachverhalt würde die Verurteilung des Angeklagten als Ankündigers der Gegenstände nicht rechtfertigen. Die Verurteilung auf Grund dieses Sachverhalts würde den Grundsätzen über die Täterschaft nicht entsprechen, die verlangen, daß als Täter einer vorsätzlichen, nicht durch Unterlassung, sondern durch Begehung sich vollendenden Straftat nur betrachtet wird, der sie mit dem Willen, sie als eigene Tat zu verüben, allein oder mit Hilfe anderer verwirklicht. Die Verurteilung auf Grund solchen Sachverhalts würde aber auch die Grenzen nicht einhalten, die § 184 Abs. 1 Nr. 3 gesteckt hat, indem er nicht das Verbreiten der zu unzüchtigem Gebrauch bestimmten Gegenstände, sondern nur die Ankündigung und Anpreisung gegenüber dem Publikum unter Strafe gestellt hat. Denn das Ergebnis der Anwendung des § 184 Abs. 1 Nr. 3 auf einen solchen Sachverhalt wäre, daß der Verkauf an Kleinhändler untersagt wäre, was nicht in den Zwecken des Gesetzes lag. (Urt. d. V. StS. vom 7. April 1914, V D 213/14).

———n.

3352

II.

Erlaubte Zuckerung. Aus den Gründen: Die Zuckerung von Wein ist nur erlaubt, wenn sie in der Absicht einer Verbesserung des Weines erfolgt, wie sie das Gesetz allein zuläßt. Das Gesetz gestattet die Zuckerung nur, um natürlichen Mängeln an Zucker und Alkohol oder einem Uebermaß an Säure insoweit abzuhelfen, als es der Beschaffenheit des aus Trauben gleicher Art und Herkunft in guten Jahrgängen ohne Zusatz gewonnenen Erzeugnisses entspricht. Ein Wein, der im Naturzustand oder dem vermeintlichen Naturzustand dem Eigentümer oder Verbraucher „zu rauh oder zu sauer scheint", darf nicht deshalb allein gezuckert werden; das darf nur geschehen, wenn der an der gleichen Stelle gewachsene Wein in guten Jahrgängen ohne Zusätze, soweit Zucker- und Säuregehalt in Frage kommen, anders beschaffen ist und deshalb anders schmeckt, und nur insoweit um eine Gleichstellung oder eine Annäherung an die Beschaffenheit dieses Weins aus guten Jahrgängen, seinen Zucker- und Säuregehalt, zu erreichen. Wenn das angefochtene Urteil hinsichtlich des Weins, der das Vorbild für den mit der Zuckerung zu erzielenden Weins sein soll, keine Feststellungen trifft oder nicht treffen kann, so ist der Tatbestand nicht erschöpfend festgestellt und es liegt die Annahme nahe, daß auch der Angeklagte keine Vorstellung von diesem Wein gehabt, und seine Absicht, einen weniger sauren und rauhen Wein zu gewinnen, nicht so gestaltet war, wie es das Gesetz verlangt. Der Umstand allein, daß nach den Urteilsfeststellungen ersichtlich keine Mengevermehrung über die gesetzliche Grenze hinaus eingetreten ist, kann den Angeklagten nicht vor Strafe schützen. Diese kann vielmehr, sei es zufolge vorsätzlicher, sei es zufolge fahrlässiger Verschuldung verwirkt sein, wenn der Angeklagte entweder die Grenzen überschritten hat, die sich aus der Beschaffenheit des Weins ergeben können, oder wenn er nicht von der Verbesserungsabsicht geleitet war, die das Gesetz allein als berechtigt anerkennt. (Urt. d. I. StS. v. 26. März 1914, D 81/14). ———n.

3348

III.

Verhältnis zwischen § 284 StGB. und §§ 3, 6 RennWettG. Aus den Gründen: Die Annahme, daß in Tateinheit mit einem Vergehen nach § 284 StGB. ein Vergehen nach §§ 3, 6 RennWettG. vorliege, und zwar sowohl in der Richtung, daß der Angeklagte geschäftsmäßig Wetten vermittelte (§ 6 Nr. 2 und § 3), wie auch in der Richtung, daß er ein „Wettunternehmen" betrieb (§ 6 Nr. 1 und § 1), und die Anwendung des § 73 StGB. sind irrtümlich. Das LG. hat in denselben Handlungen ein Vergehen des gewerbsmäßigen Glücksspiels i. S. des § 284 StGB. gefunden. Auf Grund des § 284 kann eine höhere Strafe verhängt werden als auf Grund des § 6 RennWettG. In diesem Falle tritt aber § 6 RennWettG. zufolge der in ihm enthaltenen ausdrücklichen Selbstbeschränkung als „subsidiäres" Gesetz zurück. Soweit es sich um das Vermitteln von Wetten handelt, kommt noch hinzu, daß dieses begrifflich da ausgeschlossen ist, wo eine unmittelbare Beteiligung an den Wetten selbst vorliegt. (Urt. d. V. StS. vom 17. April 1914, V D 1149/13).

3351 ———n.

Oberlandesgericht München.

I.

Unzulässigkeit der Pfändung künftiger oder unbestimmt bezeichneter Forderungen (§ 851 ZPO.). Der Agent H. beantragte für sein vollstreckungsreifes Guthaben von 282 *M* gegen den Schreiner H. Pfändung aller Ansprüche, die dem H. auf Grund von Vollstreckungsaufträgen gegen die Gerichtsvollzieherei in M. auf Herausgabe von Erlösen usw. zustehen oder zustehen werden. Das AG. gab dem Antrag statt, auf Beschwerde wies ihn das LG. ab; die weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Es kann dahingestellt bleiben, ob die im Beschluß des Vollstreckungsgerichts ausgesprochene Pfändung eine Forderungspfändung nach § 829 ZPO. oder eine Anspruchspfändung nach § 847 ZPO. ist, da zu letzteren die Pfändung gewöhnlicher Geldforderungen (auch eines regulären Depots) nicht zählt und nur entscheidend ist, ob durch die Einziehung unmittelbare Befriedigung eintritt (Neumiller, ZPO. zu § 847 Abs. 1). Denn auch nach § 847 ZPO. sind nur solche Ansprüche auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen pfändbar, die im übrigen den für § 829 Abs. 1 ZPO. zutreffenden Voraussetzungen entsprechen (Gaupp-Stein, ZPO. 10. Aufl., I zu § 847). Bestritten ist, ob künftige Forderungen und Ansprüche pfändbar sind. Der Senat schließt sich der Meinung an, daß sie nur insoweit gepfändet werden können, als ihr Entstehungstatbestand schon irgendwie in die Wirklichkeit getreten ist, sei es, daß schon eine rechtliche Grundlage in einem Vertragsverhältnis gegeben, oder daß eine sonstige greifbare Unterlage rechtsbegründender Art vorhanden ist. Ein solcher Fall liegt nicht vor; die bloße Möglichkeit, daß der Schuldner die Gerichtsvollzieherei irgendwann einmal mit Beitreibung von Forderungen beauftragen könne, zählt nicht hieher. Ebenso hat das LG. mit Recht die Pfändung etwa schon beigetriebener Beträge als unzulässig erachtet, weil es an einer genügenden Kennzeichnung der Ansprüche mangelt. (Beschl. v. 31. Dezember 1913, Beschw.-Reg. Nr. 820/13). N.

3343

II.

Formelle Erfordernisse einer gerichtlichen Wertfestsetzung; Streitwert eines Arrests; Anwaltsbeschwerde (§§ 16 GKG.; 3, 6 ZPO.; 12 RAGO.). Auf einem Arrestbefehl des LG. P. war neben dem Aktenzeichen ein Streitwert von 500 *M* vermerkt. Der Anwalt des Arrestklägers beantragte in einem als Beschwerde bezeichneten Schriftsatz, den Wert „anders" festzusetzen, da die Arrestforderung 1860 *M* betrage. Das LG. beschloß, „der Beschwerde nicht abzuhelfen". Das OLG. änderte die landgerichtliche Streitwertsfestsetzung gebührenfrei auf 1860 *M* ab.

Aus den Gründen: Da die beantragte „andere" Festsetzung nach der Begründung offenbar eine Erhöhung bezweckt, so liegt eine Beschwerde des Anwalts im eigenen Namen nach § 12 RAGO. vor und mangelt es an einem Gegner (RGZ. 12, 362; JW. 1900 S. 124). Auch ein Festsetzungsbeschluß des Untergerichts liegt vor. Allerdings ist die bloße Wertangabe am Rande des Arrestbefehls durch den Vorsitzenden oder Berichterstatter (vgl. JMBl. 1880 S. 331) kein solcher Beschluß (SeuffBl. Bd. 74 S. 594; BayFinBl. 14 S. 26). Sie kann ihn auch nicht ersetzen, wenn gerichtliche Festsetzung nach § 16 GKG. nötig ist, wie z. B. gerade hier, wo das Untergericht offenbar von § 3 ZPO. Gebrauch machen will. Durch den Beschluß aber, der Abhilfe auf die Beschwerde verweigert, ist mittelbar der Wert festgesetzt und der Beschwerdeweg eröffnet.[1]) — Sachlich ist die Beschwerde begründet. Nach der überwiegenden Meinung ist auf die Arrestanordnung § 6 ZPO. anzuwenden; es ist also die Forderung ohne Zins maßgebend (RGZ. 26, 412), soferne nicht der Wert des Pfands geringer ist. Letzteres hat das Erstgericht nirgends festgestellt; der Arrest ist in das gesamte bewegliche und unbewegliche Vermögen erlassen und die gepfändete Eigentümerhypothek übersteigt den Forderungsbetrag um ein Vielfaches. Für die Anwendung des § 6 ZPO. spricht die überwiegende Meinung (vgl. JW. 1897 S. 572 und die bei Pfafferoth, GKG. § 26 und Rittmann, Streitwert § 268 angeführten Beschlüsse). Die Entscheidung RGZ. 26, 412 betrifft nicht die gegenwärtige, dort nur beiläufig erwähnte Frage, sondern die Einrechnung der Zinsen. Daß auf einstweilige Verfügungen in der Regel § 3 ZPO. angewendet wird, ist für den Arrest ohne Belang; denn dort stehen meist nur vorübergehende nebensächliche Maßregeln in Frage; wo aber die Rechtslage dem § 6 ZPO. ähnlich ist (d. h. der Verlust des ganzen Streitgegenstandes droht) nimmt das Reichsgericht auch bei einstweiligen Verfügungen den vollen Forderungsbetrag als Sicherungswert an (RGZ. 35, 394). Daß es sich im Arrestverfahren nicht um rechtskräftige Feststellung des Guthabens selbst handelt, kommt schon in dem geringeren Gebührensatz (§ 26 GKG.) zum Ausdruck. (Beschl. v. 23. März 1914, Beschw.-Reg. Nr. 182/14). N.

3342

Oberlandesgericht Augsburg.

Keine Kostenfestsetzung bei außergerichtlichem Vergleiche. Aus den Gründen: Die Parteien sind darüber einig, daß sie den Rechtsstreit außergerichtlich verglichen haben und daß dabei der Beklagte die Kosten übernommen hat. Das LG. hat zutreffend ausgeführt, daß ein außergerichtlicher Prozeßvergleich den anhängigen Rechtsstreit beendet. Der gerichtliche Prozeßvergleich genießt vor dem außergerichtlichen den Vorzug, daß er nach § 794 Nr. 1 ZPO. einen Vollstreckungstitel gewährt, während auf Erfüllung eines außergerichtlichen Prozeßvergleichs erst wieder klagen muß, wer einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangen will. Aber auch der außergerichtliche Vergleich soll nach der Absicht der Parteien den Rechtsstreit beseitigen und es demgemäß jeder Partei unmöglich machen, ihn fortzuführen. Auch nach § 83 ZPO. erstreckt sich die Vollmacht des Rechtsanwalts darauf, den Rechtsstreit durch Vergleich zu beseitigen, ohne daß ein Unterschied zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Vergleiche gemacht wird. Auch diese Vorschrift geht also davon aus, daß durch den Vergleich der Rechtsstreit beseitigt wird. Ein erloschener Rechtsstreit kann aber nicht fortgesetzt werden. Anders mag die Sache liegen, wenn die Parteien den Vergleich als nichtig und unwirksam erachten oder wenn er das Streitverhältnis nicht erschöpfend regelt. Diese Fälle liegen aber nicht vor. Der Kläger will auf Grund der Bestimmung des Vergleichs über die Kosten die gerichtliche Festsetzung bestimmter Kosten erreichen. Daß diesem Antrag nicht entsprochen werden kann, ergibt sich, abgesehen von den früheren allgemeinen Ausführungen, auch daraus, daß er dem Gericht eine Prüfung ansinnt, die es bei gerichtlichem Vergleiche nur im Kostenfestsetzungsverfahren nach § 103 ff. ZPO. vornehmen könnte. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß auch bei einem außergerichtlichen Vergleich der Rechtsstreit nicht fortgesetzt werden kann, um auf Grund der Parteivereinbarung die Kostenschuld einer Partei zu ermitteln. Hier bleibt nur die Klage auf Erfüllung des Vergleichs übrig.

[1]) Eigentlich lag eine unzulässige Vorausbeschwerde vor, die zu verwerfen gewesen wäre; der Vorlagebeschluß war selbstverständlich den Parteien nicht zugestellt. In der Beschwerdesache 115/14 nahm der Senat an, daß durch Erteilung einer Ausfertigung des Urteils der nicht mitverkündete Urteilsvermerk: „Festgesetzter Streitwert 2000 *M*" in Wirksamkeit getreten sei, da ein gesonderter Beschluß sich nicht bei den Akten befand. Der Eins.



Die Entscheidung des OLG. Hamburg in der DJZ. 1908 S. 980 bezieht sich nur auf den Fall, daß ein Vergleich nur in der Hauptsache, nicht aber im Kostenpunkte vorliegt. Der Entscheidung der OLG. Dresden in SeuffBl. 1908 S. 339 liegt der Antrag zugrunde, den Gegner nach dem außergerichtlichen Vergleich zur Tragung des dort festgestellten Kostenteils zu verurteilen. Beide Entscheidungen treffen hier offensichtlich nicht zu. (Beschl. vom 25. März 1914, Beschw.-Reg. II 57/14). G.

3823

Bücheranzeigen.

Birkmeyer, Dr. Karl v., Prof. in München, Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Bedeutung für die Strafbemessung. XXII und 232 S. Leipzig 1914, Verlag von Felix Meiner. 9 Mk. [Krit. Beiträge zur Strafrechtsreform v. Birkmeyer und Nagler, 16. Heft].

Verfasser erörtert das Problem an der Hand einer ausführlichen Kritik des § 43 Oesterreich. Strafgesetzentwurfs von 1912 (Regierungsvorlage), wonach die Strafe nach dem Verschulden und der Gefährlichkeit des Täters zu bemessen ist, und gelangt zu dem Ergebnis, daß der ungeklärte Begriff der Gefährlichkeit als nicht ins Strafrecht gehöriger Eindringling zu streichen und durch Vertiefung des Schuldbegriffs zu ersetzen sei. Demselben Gedanken hat B. in seinem Aufsatz über das richterliche Ermessen im deutschen Entwurf, Gerichtssaal Bd. 77 S. 408 ff., Ausdruck verliehen. Das vorliegende Buch, dessen Gedankenreichtum sich schon aus der „Inhaltsübersicht" ergibt, bietet hierzu die umfassende Begründung und enthält damit eine neue sachliche Polemik der klassischen Schule gegen die soziologische Richtung und die ihr von den österreichischen und deutschen Entwürfen und der sog. dritten Schule gemachten Zugeständnisse. D.

Dietz, Karl, K. Amtsrichter in München, Schätzer-Anweisung. Bekanntmachung der K. Staatsministerien der Justiz und des Innern vom 14. Juli 1909, die Anweisung für die amtliche Feststellung des Wertes von Grundstücken betreffend. VIII, 74 Seiten. München, Berlin und Leipzig 1914, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Kart. Mk. 2.—.

Die Schätzeranweisung vom 14. Juli 1909, die an Stelle der alten Schätzerinstruktion vom 13. März 1823 die amtliche Feststellung des Wertes von Grundstücken einheitlich für das Königreich regelt, erscheint mit der vorliegenden Handausgabe zum ersten Male in kommentierter Form. Die einzelnen Vorschriften werden nach einem kurzen systematischem Ueberblick klar und eingehend erläutert; am Schlusse sind außer den amtlichen Mustern noch einige weitere Formblätter sowie ein Sachregister beigefügt. Das Buch wird vor allem den Grundbuchbeamten und den Notaren ein willkommenes Hilfsmittel bieten, daneben aber auch den Schätzern gute Dienste leisten.

München. II. Staatsanwalt Dr. Schanz.

Seydel, Max von, Bayerisches Staatsrecht. Auf Grund der 2. Aufl. neu bearbeitet von **Dr. J. Graßmann**, Ministerialrat im K. B. Verkehrsministerium und **Dr. Robert Piloty**, Universitätsprofessor in Würzburg. 2. Bände. Tübingen 1913, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Geheftet Mk. 50.—, geb. Mk. 55.—.

Selten haben die bayerischen Juristen einer Neuauflage mit größerer Spannung entgegengesehen, als der neuen Bearbeitung des „Großen Seydel". Die letzte von Seydel selbst herausgegebene Auflage gehörte zu den seltenen Büchern, die wegen der Klarheit und Schärfe der rechtlichen Auffassungen, wegen der erschöpfenden Stoffsammlung, wegen des gewaltigen, einheitlichen Aufbaus im großen und der peinlichen Genauigkeit im kleinen, nicht zuletzt auch wegen der glänzenden, lebhaften Darstellung niemals ganz veralten. Aber die unermüdliche Arbeit der Gesetzgebung hatte doch so viel Neues geschaffen, daß einzelne Abschnitte für die Rechtsanwendung nicht mehr verwertbar waren. Die volle Brauchbarkeit wiederherzustellen und dem Werke die Vorzüge zu erhalten, die es groß gemacht haben, war gewiß keine kleine Aufgabe für die Bearbeiter, und ihr Werk würde schon dann verdienstlich sein, wenn es auch nur zum Teil gelungen wäre. Sehe ich recht, so galt es drei Hauptschwierigkeiten zu überwinden.

Zunächst mußte der Stoff begrenzt werden. Auf dem Gebiete der bayerischen Landesverwaltung ist seit 1899 so viel neu geregelt worden — man denke nur an die Ausführungsgesetze zum BGB., an das Abmarkungsgesetz, das Wassergesetz, das Fischereigesetz, die Kirchengemeindeordnung usw. — daß eine allzu ausführliche Darstellung das Buch übermäßig vergrößert hätte. Mit Recht haben die Herausgeber gekürzt, wo es möglich war. Dem Werke ist es nur zugute gekommen, daß z. B. ausgeschieden oder nur noch angedeutet wurde, was heutzutage nicht mehr in ein Handbuch des bayerischen Staatsrechts, sondern in ein Handbuch des Reichsstaatsrechts gehört (das Gewerberecht, soweit es reichsgesetzlich geregelt ist, das öffentliche Versicherungsrecht u. ä.). Dagegen hätte vielleicht auf dem Grenzgebiete zwischen Justiz und Verwaltung etwas mehr Nachgiebigkeit nicht geschadet. Die Zwangserziehung z. B., deren Vollzug in Bayern doch reine Verwaltungssache ist, hätte doch berücksichtigt werden müssen. Gern hätte ich auch einen kleinen Abschnitt gesehen, der die einer großen Entwickelung fähigen Vorschriften über den Heimatschutz zusammengefaßt hätte.

Die zweite Hauptaufgabe der Bearbeiter war es, sich mit den Ansichten Seydels auseinanderzusetzen, einerseits seine oft sehr ursprünglichen, von der herrschenden Meinung und von der Rechtsprechung abweichenden Ausführungen zu erhalten, andererseits die eigene Auffassung darzulegen, wo sie sich Seydel nicht anschließen konnten. Soviel ich sehe, ist diese Aufgabe glücklich und mit Geschick gelöst worden. Die Stellung Seydels zu den Grundfragen des bayerischen Staatsrechts, deren Kenntnis wir nicht entbehren können, ist ersichtlich geblieben, aber die Bearbeiter haben mit Recht nicht darauf verzichtet, hier und dort einen eigenen abweichenden Standpunkt zu vertreten.

Es galt schließlich, in mühsamer Kleinarbeit eine Unmenge von Ministerialvorschriften, Entscheidungen, Abhandlungen usw. einzugliedern und so wieder eine erschöpfende Darstellung zu bieten. Das Uebermaß des Stoffes und die Notwendigkeit, zu einem Ende zu kommen, scheinen hier und dort zu einem gewissen Hasten und damit zu Ungenauigkeiten geführt zu haben. Schon im Verzeichnisse der Abkürzungen fällt z. B. auf, daß nur die Entscheidungen des „Obersten Gerichtshofes" in Zivil- und Strafsachen genannt sind. Man könnte also beinahe auf den Gedanken kommen, die Rechtsprechung des „Obersten Landgerichts" sei nicht mehr berücksichtigt. Bei näherem Zusehen zeigt sich dann allerdings, daß das nicht der Fall ist, wenn auch manchmal eine etwas stärkere Verwertung dieser für das bayerische Staatsrecht so ergiebigen Quelle angezeigt gewesen wäre. Daß im Abkürzungsverzeichnis der Herausgeber dieser Zeitschrift in den Freiherrnstand erhoben und mit einem ihm nicht zukommenden Vornamen bedacht ist, soll nur nebenher erwähnt sein. Umsonst suchte ich in den bis in den Sommer 1913 reichenden Nachträgen nach der doch immerhin bedeutsamen Abtrennung der Amtsanwaltschaft von der

inneren Verwaltung. Auch über die in dieser Zeitschrift 1909 S. 295, 1910 S. 395, 1911 S. 322 behandelte Frage konnte ich nichts finden. Solche kleine Flüchtigkeiten könnten noch mehr angeführt werden, insbesondere aus dem 1. Bande. Ich komme auf sie nicht deshalb zu sprechen, weil ich glaubte, daß sie den Wert des Buches beeinträchtigen, sondern um für die nächste Auflage, die ja mit mehr Muße wird vorbereitet werden können, die Beseitigung dieser kleinen Mängel anzuregen. Von der Pfordten.

Mittelstein, Dr. jur. Max, Senatspräsident am Hanseatischen Oberlandesgericht. Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. Dritte Auflage. IX, 793 Seiten. Berlin 1913, Franz Vahlen. Geh. Mk. 15.—, gebd. Mk. 16.—.

Das ausgezeichnete Werk ist überall gut eingeführt und bedarf keiner Empfehlung. Als möglichst erschöpfende Darstellung des Mietrechtes wird es auch künftig seinen Platz neben den Kommentaren behaupten. B.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Die Versorgung der Notare und ihrer Hinterbliebenen. Durch die im vorigen Jahre erfolgte Aenderung der Satzung des Pensionsvereins der bayerischen Notare (JMBl. 1913 S. 732) wurde das Pensionssystem für die Notare tunlichst dem Beamtenpensionssystem angeglichen. Dabei wurde bestimmt, daß die der Berechnung der Pension zugrunde zu legende Dienstzeit vom Tage der ersten eidlichen Verpflichtung als Rechtspraktikant gerechnet wird; auch soll bei der Feststellung der Dienstzeit die Zeit gerechnet werden, während welcher der Notar im Dienste des Staates oder des Reiches verwendet war oder als Staatsdienstaspirant oder Notariatspraktikant den für die Ernennung zum etatsmäßigen Beamten oder zum Notar angeordneten oder zugelassenen Vorbereitungsdienst ableistete.

Die Aenderung der Satzung machte eine Neuregelung der Vorschriften über das Pensionierungsverfahren notwendig. Diese erfolgt nunmehr durch die im JMBl. S. 71 veröffentlichte Bekanntmachung vom 2. Mai 1914, die Pensionsvereine für die Notare und deren Witwen und Waisen betr., die an die Stelle der bisher maßgebenden Bekanntmachung vom 3. Februar 1902 (JMBl. S. 302) tritt. Die neue Bekanntmachung verpflichtet den Landgerichtspräsidenten, bei der Vorlegung von Pensionsgesuchen der Notare die pensionsfähige Dienstzeit festzustellen; über ihre Berechnung sind eingehende Bestimmungen in dem Abschnitt I B enthalten, die im wesentlichen den Vorschriften der Bekanntmachung vom 22. Oktober 1909 über die Versetzung der etatsmäßigen Beamten in den Ruhestand (GVBl. S. 781) angepaßt sind. Im übrigen sind in Angleichung an das Beamtengesetz einige Erleichterungen geschaffen. An Stelle der bisher geforderten zwei amtsärztlichen Zeugnisse soll künftig regelmäßig ein Zeugnis genügen. Gestrichen ist auch die Bestimmung, daß der Landgerichtspräsident Gutachten der Richter des Amtsgerichts über die Dienstunfähigkeit des Notars erholen soll. Für die Nachlaßgerichte ist von Bedeutung, daß die erst neuerdings wieder durch die Bekanntmachung vom 19. Januar 1914 (JMBl. S. 5) eingeschärfte Verpflichtung zur Mitteilung von Anzeigen über den Tod eines im Ruhestande befindlichen Notars, einer Notarswitwe oder einer minderjährigen Notarswaise unverändert aufrecht erhalten ist.

3357

Die Vorbedingungen für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst. Voraussetzung für die Zulassung zur Zwischenprüfung und zur Universitätsschlußprüfung ist nach § 1 Abs. 5 der K. VO. die Prüfungen für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst betr. v. 4. Juli 1899 in der Fassung der Bek. v. 1. August 1912 (JMBl. S. 221) der Besitz des Reifezeugnisses eines deutschen humanistischen Gymnasiums, eines deutschen Realgymnasiums oder einer deutschen Oberrealschule. Diesen Zeugnissen sind nunmehr die Reifezeugnisse der deutschen Schulen in Antwerpen, Brüssel, Bukarest und Konstantinopel gleichzustellen, nachdem die deutschen Bundesregierungen beschlossen haben, daß das Reifezeugnis, das ein Reichsangehöriger an einer der bezeichneten Schulen erworben hat, ihm in dem Bundesstaate, dem er angehört, alle Berechtigungen gewährt, die dem Reifezeugnis einer gleichartigen Schule dieses Staates verliehen sind, und daß in jedem Bundesstaat auf dieses Reifezeugnis die Grundsätze der Vereinbarung der Bundesregierungen über die gegenseitige Anerkennung der Reifezeugnisse vom Jahre 1909 Anwendung finden. Hiebei sind die Schulen in Antwerpen, Bukarest und Konstantinopel als Oberrealschulen, die Schule in Brüssel als Realgymnasium anzusehen (Zentralblatt für das Deutsche Reich 1913 S. 1030).

3346

Militärwesen. Durch Allerh. Entschließung vom 8. April 1914 (Verordnungsblatt des Kriegsministeriums S. 218) wurde bestimmt, daß die Train-Bataillone v. 1. April 1914 ab die Bezeichnung Train-Abteilung und die Train-Kompagnien die Bezeichnung Eskadron erhalten. Die zu zweijähriger Dienstzeit eingezogenen Mannschaften des Trains werden seitdem Trainreiter, die zu einjähriger Dienstzeit eingezogenen Trainfahrer genannt.

3347

Sprachecke.

„Aus diesem Grund fällt Klage nötig“, so heißt es oft in Klagschriften, die von badischen, insbesondere Mannheimer Rechtsanwälten bei pfälzischen Amtsgerichten einlaufen. Es wäre so einfach zu sagen: aus diesem Grund ist Klage nötig, aber offenbar ist das den Verfassern der Klagschriften zu einfach. Daß der Ausdruck „fällt Klage nötig“ falsch ist, darüber ist kein Wort zu verlieren. Wie ist er nun entstanden? Es ist richtig, zu sagen, so und soviel Klagen sind bei einem Gericht angefallen; demnach kann auch gesagt werden, eine Klage fällt an. Es ist nun offenbar dieses Sprachbild mit dem Ausdruck „es ist Klage nötig“ in der Weise ineinander verarbeitet worden, daß aus Teilen beider etwas Neues, eine Mißgestalt, entstanden ist. Es ist derselbe Vorgang, der auch sonst noch auf dem Gebiet der Sprache zu beobachten ist. So kann man hören, daß einer zu einem anderen sagt: „passen Sie doch Obacht“. Dies ist entstanden aus „passen Sie doch auf“ und „geben Sie doch Obacht“.

Die erwähnte Gepflogenheit badischer Rechtsanwälte mußte hier einmal besprochen werden, damit sich dieser Mißbrauch in der Sprache nicht auch bei den pfälzischen Rechtsanwälten einbürgert. Denn böse Beispiele verderben gute Sitten. T.

3350

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München und Berlin.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Nr. 12. München, den 15. Juni 1914. 10. Jahrg.

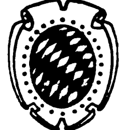
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Rechtsnatur und Ablösung der neurechtlichen Münchener Gemeinschaftsmauer.

Von Landgerichtsrat **Heinrich Lieberich** in München.

Einrichtungen, die in den Gewohnheiten und Bedürfnissen der Bevölkerung wurzeln, pflegen erfolgreich der Abneigung des Gesetzgebers zu trotzen. Dies gilt auch von der Münchener Kommun- oder gemeinschaftlichen Grenzmauer. Jahrhundertelange Uebung hat diese Einrichtung geheiligt; aber auch ihre wirtschaftliche Bedeutung ist keineswegs gering; denn, abgesehen von dem durch sie ermöglichten Gewinn an nutzbarer Baufläche spielen die Ablösungssummen für die auf das Nachbargrundstück gesetzte Mauerhälfte im Betrage von regelmäßig 1000—2000 *M* für den Erbauer eines Anwesens immerhin schon eine Rolle. Das BGB., wie die bayerische Ausführungsgesetzgebung hierzu haben gleichwohl den durch das alte Münchener Recht anerkannten sog. Kommunmauerzwang, d. h. die Verpflichtung des Nachbars, den Bau der Grenzmauer als Kommunmauer zu dulden, beseitigt. Das Münchener Rechtsleben hat sich aber um diese Entrechtung der Kommunmauer wenig gekümmert. Nach wie vor wird in München nach altem Brauch „kommun" gebaut und die ganze Grundlage dieser Bauführung besteht regelmäßig in der Unterzeichnung des baupolizeilichen Planes mit der darin vorgesehenen Kommunmauer durch den Nachbarn. Darüber aber, wie das hiedurch geschaffene Rechtsverhältnis jetzt zu beurteilen ist und welche Ansprüche zwischen den Nachbarn sich hieraus ergeben, ist bereits eine ganze Literatur erwachsen[1]) und die widersprechenden Ansichten der Rechtslehre in dieser Frage spiegeln sich auch in recht schwankenden und widerspruchsvollen Ergebnissen der Rechtsprechung wider. Ein neuer Versuch einer befriedigenden Lösung dieser Frage dürfte daher nicht ganz unnütz sein.

I. Um den jetzt bestehenden Verhältnissen wirklich gerecht zu werden, bedarf es vor allem einer Betrachtung des hiesigen Rechtszustandes vor Einführung des neuen Rechts. Die Grundlage dieses Rechtszustandes bildete der schon erwähnte Kommunmauerzwang. Hiernach mußte der Eigentümer eines nicht überbauten Grundstückes dem Nachbarn, der bauen wollte, Mauerstatt geben, d. h. ihm gestatten, die Umfassungsmauer seines Gebäudes zur Hälfte auf das Nachbargrundstück zu setzen. Dafür erwarb der Mauerstatt gebende Nachbar das Miteigentum an der ganzen, auf dem beiderseitigen Grundbesitz aufgeführten Mauer; er war jedoch verpflichtet, sobald er an die gemeinschaftliche Mauer auch seinerseits anbaute, dem Nachbarn, d. h. dem derzeitigen Eigentümer des Grundstücks, von dem aus die Kommunmauer aufgeführt worden war, den Wert der auf seinem eigenen Grundstück stehenden Mauerhälfte zu vergüten, soweit er diese zum Anbau tatsächlich benutzte. Die gleichen Grundsätze galten für die einseitige Erhöhung einer schon bestehenden Gemeinschaftsmauer.[1a]) Diese Rechtssätze gründeten sich, wie Tinsch in seinem Münchener Stadtrecht S. 21 ff. überzeugend dargelegt hat, auf gewohnheitsrechtliche Fortbildung der Bauvorschriften der Art. 349—351 des Münchener Stadtrechtsbuchs und der Art. 3—6 u. 60 der Münchener Bauordnung von 1489.[2]) Die oberstrichterliche Recht-

---

[1]) Siehe Staudinger zu § 921 BGB. (Bd. 3 S. 302); ferner Wein, Die Kommunmauer, BayZfR. 1913 S. 454, 472; Schmitt, Eigentum am Ueberbau, BayZfR. 1914 S. 58; Busch, Eigentumsverhältnisse bei dem Bau auf der Grenze, BayZfR. 1914 S. 157; Nützel, Zur Rechtsprechung über die Kommunmauern, BayZfR. 1914 S. 179; Buhmann, Die 3 Hauptfragen des Kommunmauerrechts, BayZfR. 1914 S. 197 u. S. 223; Abele, Zur Kommunmauerfrage, LZ. 1914 S. 831. Die drei letzten erst nach Abschluß gegenwärtiger Abhandlung erschienenen Arbeiten konnten nur noch kurz berücksichtigt werden.

[1a]) Siehe Roth-Becher, Bayr. ZR. II S. 138 Note 39; Böhm-Klein Anm. 2 zu Art. 68 AG., Motive z. AGz. BGB., Becher, Mat. I S. 89.

[2]) So insbesondere OLG. München SeuffBl. Bd. 54 S. 243.

sprechung lehnte allerdings eine solche gewohnheitsrechtliche Fortbildung ab, gelangte jedoch unter Heranziehung der Grundsätze des Gemeinen und Bayerischen Landrechts über inaedificatio und in rem versio sachlich zur gleichen Beurteilung des Verhältnisses.[3])

Diesem Rechtszustand gegenüber hat nun das BGB. die Aufstellung eines Kommunmauerzwangs schlechthin abgelehnt und nur die Verhältnisse tatsächlich bestehender Einrichtungen solcher Art in den §§ 921—922 näher geregelt, sowie durch Art. 173, 181 EG. auch die schon bei seiner Einführung vorhandenen Kommunmauern seinen gemeinschafts- und eigentumsrechtlichen Grundsätzen unterworfen. Auch das Bayer. AGzBGB. hat die Ermächtigung des Art. 124 EGzBGB. zu weitergehender selbständiger Ordnung des Nachbarrechts lediglich dazu benützt, durch seine Art. 68—70, 77, 78 die Möglichkeit einseitiger Erhöhung benutzungsgemeinschaftlicher Grenzmauern zu schaffen und die Verhältnisse der noch in die Zeit vor dem BGB. fallenden, aber noch nicht abgelösten Kommunmauern für die Zeit des neuen Rechts zu regeln. Die Neuentstehung von Kommunmauern im Sinn des alten Münchener Rechts ist damit für die Zeit nach dem Inkrafttreten des BGB. nur mehr im Wege der Vereinbarung der beteiligten Grundeigentümer möglich geblieben.

Demnach haben wir z. B. in München 3 Arten von Kommunmauern zu unterscheiden, die von vornherein wohl auseinandergehalten werden müssen.

1. Die schon vor Einführung des BGB. errichteten und abgelösten Kommunmauern (**altrechtliche Gemeinschaftsmauern**). Diese Kommunmauern haben noch unter dem alten Recht ihre endgültige Rechtsgestalt als im gewöhnlichen Miteigentum der Nachbarn stehende Mauern erhalten. Sie sind nur gemäß Art. 173, 181 EGzBGB. durch dessen Einführung insoweit berührt worden, als an Stelle des Miteigentums der Nachbarn getrenntes Eigentum nach dem Grenzlauf unter Benutzungsgemeinschaft der Nachbarn an der ganzen Mauer getreten ist, und damit sind diese Mauern zu Grenzeinrichtungen im Sinne der §§ 921—922 BGB. geworden.[4])

2. Die schon vor Einführung des BGB. begonnenen oder erhöhten, aber noch nicht abgelösten Kommunmauern. Für die Errichtung und Ablösung dieser Mauern sind die Art. 69 und 70 AGzBGB. maßgebend, so daß man diese Mauern als **Gemeinschaftsmauern des Uebergangsrechts** bezeichnen kann. Hiernach gelten für die Vollendung dieser vor Inkrafttreten des BGB. begonnenen Mauern die bisherigen Vorschriften (also das alte Münchener Recht).[5]) Für ihre Ablösung kommt es darauf an, ob die Mauer vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. ablösungsfällig geworden ist. Ersterenfalls bewendet es bei den altrechtlichen Vorschriften, letzterenfalls sind die Vorschriften des Art. 68 AG. über die Ablösung neurechtlicher Mauererhöhungen entsprechend anzuwenden. Im übrigen unterliegen die hier fraglichen Mauern, wie die unter Ziff. 1 aufgeführten, den Vorschriften der §§ 921—922 BGB.

3. Die erst nach Einführung des BGB. begonnenen Kommunmauern. Für ihre Errichtung und Ablösung ist schlechthin das neue Recht maßgebend, weshalb man sie als **neurechtliche Gemeinschaftsmauern** bezeichnen kann. Diese Mauern bilden den eigentlichen Gegenstand unserer Betrachtung.

II. Wie schon hervorgehoben, fehlt in dem neuen Recht jede Zwangsvorschrift für die Errichtung gemeinschaftlicher Grenzmauern. Solche Mauern können daher nur mehr kraft Gestattung des Nachbars, also als **bewilligte Gemeinschaftsmauern**, entstehen. Wie schon erwähnt, erfolgt diese Bewilligung hier regelmäßig ganz formlos durch Unterzeichnung des polizeilichen Bauplans mit der darin vorgesehenen „kommun" zu erbauenden Mauer. Gerade die Unscheinbarkeit dieses Vorgangs hat aber dazu geführt, daß man bei der Erörterung des so geschaffenen Verhältnisses dessen vertragsmäßige Natur nicht genügend beachtet und es, statt in erster Linie nach dem Willen der Vertragsparteien zu fragen, zu schematisch aus den sachenrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Grundsätzen des BGB. zu konstruieren gesucht hat. Stellt man aber die Frage nach dem, was die Beteiligten eigentlich wollen, in die erste Linie, so erkennen wir in der Einzeichnung der Mauer als „Kommunmauer" in den Bauplan und der Genehmigung dieses Planes durch den Nachbarn die einfache Willenseinigung der beiden Grundstückseigentümer, daß die Mauer eben nach wie vor in dem hier gebräuchlichen Sinn „kommun", also als Kommunmauer im Sinne des oben dargelegten, bisherigen Münchener Rechts aufgeführt werden soll. Die Frage ist nun lediglich weiter, welche Wirkung einer solchen Vereinbarung nach dem jetzigen Recht, und zwar sowohl hinsichtlich der formellen Gültigkeit, wie hinsichtlich des sachlichen Inhalts beizumessen ist.

---

[3]) Siehe insbesondere BayObLGZ. a. S. Bd. I S. 162; VII, 821; XII, 121; XII, 321; XIV, 499; ferner die Abhandlungen von Gerstenecker SeuffBl. Bd. 53 S. 1 und Walter BayNotZ. 1901 S. 64.

[4]) Siehe Staudinger Anm. IV 5 zu § 921 BGB. Bd. 3 S. 306; Planck Anm. 4 b γ zu Art. 181 EG.; RGRKomm. Anm. 8 zu § 921 BGB.; Habicht, Ueberleitung S. 398 Ziff. 4; Henle-Schneider Anm. 1 zu Art. 69 AGzBGB. und Motive zu diesem Gesetz Becher, Materialien Bd. I S. 446; ferner RGZ. 53, 311; JW. 1903 B 39.

[5]) Ist jedoch die Erhöhung einer bestehenden Kommunmauer vor Inkrafttreten des BGB. begonnen, aber nicht vollendet worden, so ist nach dem zweifellosen Wortlaut der Art. 68, 69 AG. für den Weiterbau vom Inkrafttreten des BGB. ab der Art. 68 AG. maßgebend.



Betrachten wir zunächst diese letztere Seite der Kommunmauervereinbarung, so ist soviel sicher, daß nach den Grundsätzen des BGB. durch Parteivereinbarung nicht mehr ein gemeinschaftliches Eigentum an der auf der Grenze errichteten Mauer begründet werden kann. Regelmäßig fällt vielmehr nach der zwingenden Vorschrift des § 94 BGB. der auf jedem der beiden Grundstücke stehende Mauerteil in das Alleineigentum des betr. Grundeigentümers. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß die Kommunmauervereinbarung als auf einen unmöglichen Erfolg gerichtet ohne weiteres nichtig wäre (§ 306 BGB.). Denn der Wille der Beteiligten geht selbstverständlich nicht unbedingt gerade auf die Rechtsform des Miteigentums an der Mauer im Sinne des alten Rechts, sondern auf die sachlichen Wirkungen des alten Kommunmauerverhältnisses, die mit diesem verbundenen Benutzungs- und Ablösungsrechte zwischen den Nachbarn. Ein derartiges Verhältnis ließe sich nun auch nach jetzigem Recht ungeachtet der Regel des § 94 BGB. ohne weiteres dadurch herbeiführen, daß gegenseitig förmliche *Dienstbarkeiten* in diesem Sinne bestellt[6]) oder ein *gesondertes, gemeinschaftliches Kommunmauergrundstück* gebildet und dessen Verhältnisse nach § 1010 BGB. geregelt würden. Diese Möglichkeiten kommen jedoch bei den formlosen Vereinbarungen der hier fraglichen Art nicht weiter in Betracht. Doch bietet sich auch für diese Vereinbarungen die Möglichkeit sogar mehrfacher von der Regel des § 94 abweichender Auffassungen. So könnte man hierin die vereinbarungsmäßige Erklärung der ganzen Kommunmauer als *Bestandteil des Grundstücks des Erbauers*, und zwar entweder endgültig oder doch bis zur Ablösung, finden, oder die vereinbarungsmäßige Begründung eines *Ueberbaues* im Sinne der §§ 912 ff. BGB. oder endlich die vertragsmäßige Schaffung einer *Grenzeinrichtung* nach § 921 BGB. Alle diese Rechtsformen des BGB. hat man denn auch auf das Kommunmauerverhältnis anzuwenden gesucht. Bei näherer Betrachtung des maßgebenden Willens der Beteiligten müssen jedoch die beiden ersten Formen ohne weiteres ausscheiden. Es mag dabei dahingestellt bleiben, inwieweit überhaupt durch Anerkennung eines über die Grenze gerückten Gebäudeteils als Bestandteil des Hauptgebäudes, insbesondere nach § 95 BGB., der Grundsatz des § 94 BGB. durchbrochen,[7]) ebenso, ob in der Tat durch Vereinbarung der Nachbarn ein wirkliches — dingliches — Ueberbauverhältnis nach § 912 BGB. begründet werden kann.[8]) Ebenso kann unerörtert bleiben, wie im Falle eines Besitzwechsels dem neuen Eigentümer des Nachbargrundstücks gegenüber ein Recht auf Belassung der Kommunmauer aus deren Bestandteilseigenschaft oder ein Anbaurecht des Nachbars gegenüber einem neuen Eigentümer des Erstbaugrundstücks aus dem Ueberbauverhältnis hergeleitet werden soll, obwohl beides doch zum Wesen des Kommunmauerverhältnisses gehört. Denn nach der Natur der Sache muß, wenn ein solches Bestandteil- oder Ueberbauverhältnis durch Vereinbarung begründet werden soll, vor allem doch der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet sein, daß der über die Grenze gesetzte Gebäudeteil ein Bestandteil oder Ueberbau des Hauptgebäudes, also ein für dieses errichteter und ausschließlich zu ihm gehörender Bauteil sein

---

[6]) S. hierüber Meisner, Nachbarrecht S. 57 Note 3—4; Geiershöfer Recht 1905 S. 401 ff., OLG. Nürnberg BayZfR. 1907 S. 334, 1912 S. 445, 1914 S. 194 und Pfirstinger BayZfR. 1907 S. 483.

[7]) Die Gemeinschaftsmauer betrachten als Bestandteil des Erstbaugrundstücks bis zum Anbau durch den Nachbarn insbesondere Staudinger Anm. IV 1 zu § 921 BGB.; ferner nun auch RGRKomm. Anm. 5 a. E. zu § 95 BGB.; Meisner, Nachbarrecht S. 58; Pfirstinger, Die Kommunmauer S. 21; Geiershöfer, Recht 1905 S. 402; Schmitt BayZfR. 1914 S. 58; ebenso OLG. Düsseldorf JW. 1912 S. 491 und OLG. Dresden JW. 1912 S. 1037. *Dagegen* für Eigentumsteilung nach der Grenzlinie Busch BayZfR. 1914 S. 157; Buhmann BayZfR. 1914 S. 198; RG. JW. 1911 S. 366 Z. 20, obwohl auch das RG. an sich die Erstreckung eines Grundstücksbestandteils auf ein anderes Grundstück zuläßt (s. RGZ. 65, 363; 72, 272 und RGRKomm. Anm. 1 und 3 zu § 94 BGB.). Ebenso für unbeschränkte Eigentumsteilung nach der Grenze hinsichtlich der von dem Eigentümer beider Grundstücke aufgeführten Kommunmauer OLG. München vom 1. Mai 1912 L 76/12 und vom 15. März 1913 L 681/12 (SeuffA. Bd. 67 Nr. 204 und BayZfR. 1914 S. 180—181).

[8]) Gegen die Anwendbarkeit der Ueberbauvorschriften auf vertragsmäßige Verhältnisse OLG. Hamburg Recht 1910 Nr. 3925 und RGZ. 65, 361, sowie Recht 1913 Nr. 3014, auch JW. 1914 S. 40; ebenso Wein BayZfR. 1913 S. 455 Note 8 und Buhmann BayZfR. 1914 S. 198; *dagegen* für Auffassung der Kommunmauer vor dem Anbau als gestatteter Ueberbau OLG. München, Urteile vom 17. Januar 1914 L 488/13 und L 336/13 (BayZfR. 1914 S. 181) unter Berufung auf RGZ. 52, 17 und 74, 87 (nach diesen Entscheidungen kann ein Ueberbauverhältnis auf Grund von Vereinbarungen entstehen, die den Hersteller zu der Annahme berechtigten, daß er über die Grenze bauen dürfe, ohne daß jedoch diese Annahme begründet war). Von der Auffassung der Kommunmauer als Ueberbau gehen auch aus Meikel BayNotZ. 1901 S. 227 und Schmidt BayNotZ. 1907 S. 47. Meisner, Nachbarrecht S. 58 Note 1—5 nimmt an, daß im Falle eines Eigentumswechsels der Erwerber des Nachbargrundstücks die Kommunmauer bis zum Anbau als Ueberbau dulden müsse, weil der Erbauer auf Grund der Bauerlaubnis des früheren Eigentümers habe annehmen dürfen, daß er über die Grenze bauen könne. Allein da für Meisner die Unwirksamkeit des formlosen Kommunmauervertrags gegenüber dem Besitznachfolger von vornherein feststeht, kann er auf diesen Vertrag auch keinen guten Glauben des Erbauers gegenüber dem Besitznachfolger stützen. Dies betonen auch Wolff, Der Grenzüberbau S. 97 Note 16, und Buhmann BayZfR. 1914 S. 199. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. 1 S. 641, nimmt die Entstehung eines Ueberbauverhältnisses wenigstens an, wenn der gemeinschaftliche Eigentümer beider Grundstücke auf die Grenze gebaut hat und die Grundstücke später getrennt werden. Die hiesige Uebung kennt jedenfalls trotz der Vorschrift des § 914 Abs. 2 BGB. keine Ueberbaurenten bei neurechtlichen Gemeinschaftsmauern.

soll. An diesem Willen fehlt es aber bei der „kommunen" Aufführung der Grenzmauer von vornherein. Denn selbstverständlich gestattet der Nachbar die „kommune" Aufführung der Grenzmauer nicht aus reinem Entgegenkommen, sondern mit Rücksicht darauf, daß diese auch in seinem eigenen, wohl verstandenen Interesse liegt, weil sie ihn für den Fall der Bebauung seines eigenen Grundstücks der Notwendigkeit enthebt, allein eine volle Grenzmauer aufzuführen, und ebenso ist sich der Erbauer der Kommunmauer von vornherein darüber klar, daß er im Falle der Bauführung auf dem Nachbargrundstück dem Angrenzer die Benützung der Kommunmauer, wenn auch gegen Ablösung, gestatten muß. Die Kommunmauer ist also von Haus aus nicht ein im Interesse des erstbauenden Grundstückseigentümers, sondern eine im beiderseitigen Interesse geschaffene Einrichtung und an dieser ihrer Natur wird nichts dadurch geändert, daß die volle Verwirklichung des Interesses des einen Grundeigentümers erst der Zukunft vorbehalten und auch noch von der vorherigen Ablösung der Kommunmauer abhängig sein soll.[9])

Hiernach ist die Bewilligung der „kommunen" Aufführung einer Grenzmauer durch den Nachbarn nichts anderes als eine auf Schaffung einer Grenzeinrichtung im Sinne des § 921 BGB. gerichtete Vereinbarung. Als eine derartige Einrichtung hat nach § 921 BGB. eine Mauer zu gelten, die zwei Grundstücke scheidet, zum Vorteil beider Grundstücke dient und zu deren Benützung die beiden Nachbarn gemeinschaftlich berechtigt sind. Alle diese Voraussetzungen sind schon mit der Erbauung der bewilligten Gemeinschaftsmauer gegeben. Daß diese, um als Grenzeinrichtung gelten zu können, geradezu bestimmt sein müsse als Scheidemauer zu dienen, ist keineswegs erforderlich. Vielmehr genügt schon nach dem Wortlaut des Gesetzes, daß die Mauer tatsächlich die beiden Grundstücke scheidet, d. h. eben auf der Grenze steht.[10]) Die Mauer dient auch schon mit ihrer Aufführung dem Vorteil beider Grundstücke, und zwar dem Vorteil des Grundstücks, auf dem ein Anbau noch nicht besteht, eben dadurch, daß sie dessen künftige Bebauung erleichtert, da ja beide Nachbarn von vornherein darüber einig sind, daß die Mauer auch von dem Angrenzer zur Bauführung benutzt werden darf. Diese Eigenschaft der Mauer kommt auch schon vor dem Anbau dadurch zum Ausdruck,[11]) daß sie schon zum Teil im Baubereich des Nachbars aufgeführt ist. Ueberdies wird regelmäßig die Mauerseite nach dem Nachbargrundstück für den Anbau rauh belassen und auch damit die Bestimmung der Mauer für dieses Grundstück äußerlich ausgedrückt. Das Besondere des Falles besteht nur darin, daß der Nachbar, wenigstens regelmäßig, die Gemeinschaftsmauer nicht sofort benutzt und daß ihm weiterhin nach dem Willen der Parteien die Benutzung der Mauer durch Anbau nur gegen Ablösung des Wertes des von ihm beanspruchten Mauerteiles freistehen soll. Diese beiden Besonderheiten schließen jedoch keineswegs aus, daß die Kommunmauer sofort, d. h. schon vor erfolgtem Anbau als Grenzeinrichtung zu betrachten ist. Denn, wie erwähnt, muß die Grenzeinrichtung nur zum Vorteil beider Grundstücke dienen, d. h. deren vorteilhaftere Benutzung ermöglichen. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß diese Möglichkeit im einzelnen auch schon voll ausgenützt sein muß.[12]) Ebenso ist zum Begriff der Grenzeinrichtung nicht erforderlich, daß die Benutzbarkeit unbedingt und unbeschränkt sein muß. Der § 922 BGB. bestimmt allerdings: „Sind die Nachbarn zur Benutzung einer der im § 921 bezeichneten Einrichtungen gemeinschaftlich berechtigt, so kann sie jeder zu dem Zwecke, der sich aus ihrer Beschaffenheit

[9]) Aus dem gleichen Grunde gegen die Annahme eines Ueberbauverhältnisses Pfirstinger SeuffBl. Bd. 67 S. 100. Die gleiche Auffassung der Kommunmauer als einer Gemeinschaftseinrichtung schon vor dem Anbau liegt dem Urteil des OLG. München vom 1. Mai 1912 L 76/12 und der Abhandlung von Mannherz JW. 1912 S. 491 zugrunde. S. auch Hönigers ArchBürgR. Bd. 35 S. 282, der bei Trennung zweier Grundstücke mit gemeinschaftlicher Grenzmauer ein schon von vornherein begründetes Gemeinschaftsverhältnis nach § 921 BGB. annimmt, und die französisch-rechtlichen Darlegungen in RGZ. 72, 272; ferner Wolff, Der Grenzüberbau S. 105 (s. entsprechende Anwendung des § 922 BGB. bei Trennung der beiden Grundstücke). Für die Auffassung der Kommunmauer als Grenzeinrichtung von der Erbauung ab nun entschieden auch Buhmann BayZfR. 1914 S. 199. Mit Unrecht hat dagegen die Entscheidung des OLG. Nürnberg BayZfR. 1907 S. 335 in einem derartigen Fall die Bestimmung zur gemeinschaftlichen Benutzung vermißt.

[10]) Die gegenteilige Ansicht in RGZ. 70, 204 wird von Staudinger Anm. I Abs. 2 zu § 921 BGB. mit Recht abgelehnt. Ebenso auch Meisner, Nachbarrecht S. 43 Note 1, und Mannherz JW. 1912 S. 491. Auch die Auffassung der altrechtlichen Kommunmauern als nunmehrige Grenzeinrichtungen (Note 4 oben) schließt die Einschränkung des Begriffs der Grenzeinrichtung auf Scheidemauern aus. Dagegen für den Standpunkt des RG. RGRKomm. Anm. 3 zu § 921 und Wein, BayZfR. 1913 S. 474.

Umgekehrt will Tinsch, Münchener Stadtrecht S. 34, für das alte Münchener Recht nur die Hausmauer als Kommunmauer im Sinne dieses Rechts gelten lassen. Diese Meinung widerspricht jedoch schon der früheren Münchener Uebung; auch das Bayer. AGzBGB. scheidet in seinen Art. 68 ff. nicht zwischen Haus- und sonstigen Grenzmauern, und in der Tat werden auch noch jetzt im hiesigen Bauleben alle kommun gebauten Grenzmauern hinsichtlich Anbau und Ablösung gleich behandelt.

[11]) Ueber dieses Erfordernis s. Staudinger Anm. I Abs. 4 lit. b zu § 921 BGB.

[12]) Meisner, Nachbarrecht S. 58—59, und Pfirstinger, Die Kommunmauer S. 16, meinen allerdings, vor dem Anbau sei eine Grenzeinrichtung noch nicht vorhanden, weil die Mauer insolange nicht zum Vorteil beider Grundstücke diene. Nach ihrer Ansicht soll die Mauer, die bis zum Anbau lediglich Bestandteil des Gebäudes auf dem Erstbaugrundstück ist, erst durch den Anbau Grenzeinrichtung werden. Allein hierbei ergibt sich sofort die Frage, mit welchem Rechte auf Grund dieser Auffassung der Nachbar, besonders nach erfolgtem Besitzwechsel, anbauen darf.

ergibt, insoweit benutzen, als nicht die Mitbenutzung des anderen beeinträchtigt wird." Der Paragraph bestimmt sodann weiter, wie die Unterhaltungskosten zu tragen sind und unter welchen Voraussetzungen die Einrichtung beseitigt oder verändert werden kann und sagt schließlich: „Im übrigen bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen den Nachbarn nach den Vorschriften über die Gemeinschaft." Demgemäß ist aber insbesondere auf die Grenzeinrichtung auch die Vorschrift des § 745 BGB. anwendbar, wonach die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands, also auch einer Grenzeinrichtung, durch Vereinbarung der Teilhaber geregelt werden kann.[13]) Dies kann aber auch in der Weise geschehen, daß die durch § 922 BGB. vorgesehene regelmäßige Form der gemeinschaftlichen Benutzung vereinbarungsmäßig eingeschränkt oder von Bedingungen abhängig gemacht wird.[14]) Lediglich als eine solche vereinbarungsmäßige Einschränkung der Mitbenutzungsbefugnis des Nachbarn stellt sich aber die bei der Bewilligung der neurechtlichen Gemeinschaftsmauer stillschweigend vorbehaltene Ablösungspflicht des Nachbars dar. Die Bedeutung dieses Vorbehaltes im Sinne des bei der Bewilligung bezielten, altüblichen Zustandes ist eben die, daß der Angrenzer die an sich als benutzungsgemeinschaftliche Grenzeinrichtung aufgeführte Mauer seinerseits zum Anbau doch nur benutzen darf, wenn er zuvor die in Anspruch genommene Mauerhälfte ablöst. Nach § 746 BGB. wirkt aber eine Vereinbarung der Teilhaber hinsichtlich der Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes auch für und gegen die Sondernachfolger. Damit ist auch dem auf der Grundlage des BGB. vereinbarungsgemäß geschaffenen Kommunmauerverhältnis die für das alte Recht angenommene Wirkung gewahrt, daß die Ablösungspflicht von einem Besitzwechsel der Nachbargrundstücke unabhängig ist und im Falle des Anbaues zugunsten und zu Lasten des jeweiligen Eigentümers der Gemeinschaftsgrundstücke eintritt.

So sehen wir unter dem Gesichtspunkt der Grenzeinrichtung das durch die Bewilligung einer neurechtlichen Gemeinschaftsmauer begründete Verhältnis vollständig gemäß dem nach den altrechtlichen Grundsätzen auszulegenden Willen der Parteien gestaltet, abgesehen von dem einen Punkt, daß an Stelle des altrechtlichen Miteigentums an der Mauer infolge der zwingenden sachenrechtlichen Vorschriften des BGB. nur eine Benutzungsgemeinschaft an den in das Alleineigentum der beiden Nachbarn fallenden, auf dem einen und dem andern Grundstück stehenden Mauerteilen eintritt.

Aber auch formell stehen der dargelegten Auffassung des Verhältnisses Schwierigkeiten nicht entgegen. Daß eine Vereinbarung, welche die Schaffung einer Grenzeinrichtung zum Gegenstand hat, keiner Form, insbesondere nicht der für die Bestellung dinglicher Rechte erforderlichen Form bedarf, ist anerkannt. Es ergibt sich dies aus der Natur der Grenzeinrichtung, bei der es sich eigentumsrechtlich nur um einen tatsächlichen, von dem Gesetz mit nachbarrechtlicher Wirkung ausgestatteten Zustand der beteiligten Grundstücke handelt.[15]) Hieraus folgt ohne weiteres, daß eine solche Vereinbarung auch stillschweigend getroffen werden kann.[16]) Ebenso bedarf auch eine Vereinbarung über die Verwaltung und Benutzung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes, demgemäß auch einer Grenzeinrichtung, keiner Form.[17]) Die Formvorschrift des § 313 BGB. kommt hierfür ebensowenig wie für die Begründung einer Grenzeinrichtung in Betracht, da es sich dabei nicht um eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung handelt. Desgleichen schlagen die Formvorschriften für die Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken hier nicht ein, da die Verhältnisse einer Grenzeinrichtung zwar, wie erwähnt, wohl in der Form der Bestellung dinglicher Rechte geordnet werden können, aber nicht müssen und die Regelung des Verhältnisses als bloßer Grenzeinrichtung nach §§ 921—922 BGB. eben die Bestellung eines dinglichen Rechts an dem einen oder anderen Grundstück nicht enthält. Nach

---

[13]) Für die Zulässigkeit vertragsmäßiger Benutzungsregeln bei der Grenzeinrichtung s. Planck Anm. 1—2 zu § 922 BGB.; RGRKomm. Anm. 6 zu § 922; Crome, Bürg. R. Bd. II S. 301. Ebenso Buhmann BayZfR. 1914 S. 223.

[14]) Die gemäß § 745 Abs. 2 BGB. mangels Vereinbarung mögliche Regelung der Verwaltung und Benutzung durch Urteil kann nach den Motiven (Bd. II S. 888) insbesondere auch durch räumliche Teilung, Ueberlassung der Nutzungen an einen Teilhaber gegen Abfindung des anderen, nach Zeitfristen wechselnde Benutzung durch die einzelnen Teilhaber erfolgen. Ebenso Oertmann, Recht der Schuldverh. Anm. 4 zu § 745 BGB., und RG. Gruchot Bd. 49 S. 837. Umsomehr ist eine vereinbarungsmäßige Regelung in dieser Weise möglich.

[15]) Für diese Natur der Grenzeinrichtung s Motive zu BGB. Bd. III S. 274, Abs. 3 und S. 277 Ziff. 4 und RGRKomm. Anm. 6 zu § 921 BGB. Es ist daher nur eine umschreibende Wendung, wenn die Motive anderseits (Bd. III S. 276 Ziff 3), ebenso Staudinger Anm. I 1 zu § 922 BGB. hier von einem grunddienstbarkeitsartigen subjektiv-dinglichen Rechte sprechen. Wolff Recht 1900 S. 447 bezeichnet die Grenzeinrichtung als gesetzliche Dienstbarkeit. Allein gesetzliche Grunddienstbarkeiten sind eben nichts anderes als nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen (s. RGZ. Bd. 63 S. 6 und auch Wolff selbst Recht 1900 S. 476 Ziff. 7 Abs. 4; ferner Walter JW. 1909 S. 746).

[16]) Für die Zulässigkeit der formlosen Begründung eines Grenzeinrichtungsverhältnisses Meisner, Nachbarrecht S. 41; Wolff, Grenzanlagen, Recht 1900 S. 448 Ziff. 2; OLG. Dresden OLG. Bd. 18 S. 130; vgl. auch wegen § 313 BGB. OLG. München BayZfR. 1914 S. 182.

[17]) S. RGRKomm. Anm. 6 zu § 922 BGB. (Anwendbarkeit der §§ 744, 745, 746 auf die Grenzeinrichtungen, insbesondere Regelung der Verwaltung und Benutzung durch einfachen Vertrag), ebenso Planck Anm. 2 b zu § 922 BGB.

§ 1010 BGB. soll allerdings bei dem Miteigentum an einem Grundstück, wenn die Miteigentümer die Verwaltung und Benutzung geregelt haben, die Bestimmung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur wirken, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist. Diese Vorschrift ist jedoch ebenfalls auf die bewilligte Gemeinschaftsmauer nicht anwendbar, da es sich bei dieser nicht um eine Regelung des Miteigentums an einem Grundstück handelt, sondern nur um die der Benutzungsgemeinschaft an den im getrennten Eigentum der beiden Nachbarn stehenden Mauerhälften. Im übrigen erklärt § 922 BGB. auf die Grenzeinrichtungen nur die Vorschriften über die Gemeinschaft, nicht auch die für das Miteigentum als anwendbar. Sonach ist der formlose neurechtliche Kommunmauervertrag im Sinne der obigen Ausführungen rechtsgültig und auch gegenüber den Sondernachfolgern der beteiligten Grundstücke rechtswirksam.[18]) (Schluß folgt).

Bargebotserhöhungen.

Von Amtsrichter **Hans Dittrich** in München.

I.

Nach den §§ 49 und 52 ZVG. besteht das Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren immer dann, wenn es nicht vom ersten Hypothekgläubiger oder einem diesem im Range vorgehenden Berechtigten betrieben wird, aus zwei deutlich geschiedenen Teilen, nämlich aus dem Bargebot und dem eine gesetzliche Versteigerungsbedingung bildenden Gebot der als Bestandteil des geringsten Gebotes bestehen bleibenden Rechte.

Nun ist der Fall denkbar, daß ein nach den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen bei der Feststellung des geringsten Gebotes als bestehenbleibend berücksichtigtes Recht trotz der Eintragung im Grundbuch gar nicht bestand; für Fälle dieser Art bestimmt § 50 ZVG.:

I. „Soweit eine bei der Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigte Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld (scil. im Augenblick des Zuschlags) nicht besteht, hat der Ersteher außer dem Bargebot auch den Betrag des berücksichtigten Kapitals zu zahlen. In Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes bleiben die für das berücksichtigte Recht getroffenen Bestimmungen maßgebend.

II. Das gleiche gilt:

1. wenn das Recht (erg. zur Zeit des Zuschlages) bedingt ist und die aufschiebende Bedingung ausfällt oder die auflösende Bedingung eintritt;

2. . . . (in gewissen Fällen bei Vorliegen einer Gesamtbelastung) . . .“

§ 51 des Gesetzes schreibt im Anschluß hieran vor, wie es zu halten ist, wenn das berücksichtigte Recht nicht eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, sondern beispielsweise eine Dienstbarkeit ist.

Die Erhöhung, die der barzuzahlende Teil des Gebotes auf Grund dieser Bestimmungen erfährt, wird in der Rechtslehre verschiedenartig bezeichnet: Henle sagt „Ersatzanspruch“, Jäckel-Güthe „Ersatzzahlung“, von der Pfordten „Erhöhung der Barzahlungspflicht“; Steiner gebraucht abwechselnd die Ausdrücke „Mehrzahlungspflicht“ und „Erhöhung der Barzahlung“; ich selbst habe mir den Ausdruck „Bargebotserhöhung“ angewöhnt; wenn ich im Nachstehenden diesen oder einen anderen der vorstehend aufgeführten Ausdrücke gebrauche, so meine ich stets die dem Ersteher nach §§ 50, 51 ZVG. obliegende Mehrzahlungspflicht.

Die §§ 50 und 51 ZVG. beruhen auf einem durchaus gesunden Gedanken: Der Ersteher soll nicht infolge des zufälligen Nichtbestehens einer eigentlich übernommenen Belastung einen unverdienten Vorteil haben, der natürlich stets zum Schaden anderer Beteiligter ausschlagen wird; auch soll sich jeder Bieter schon beim Legen des Gebotes genau berechnen können, wie hoch ihm das Grundstück zu stehen kommt, wenn es ihm zugeschlagen wird; die Summe des Bargebots und des Wertes der als Bestandteil des geringsten Gebots bestehen

---

[18]) Siehe dazu RGRKomm. Anm. 6 zu § 922 BGB. (eine Vereinbarung nach § 746 wirkt auch ohne Eintragung gemäß § 1010, wenn auch nur schuldrechtlich, gegenüber den Sonderrechtsnachfolgern), ebenso Planck Anm. 2b zu § 922, ferner Männer, Sachenrecht S. 178 Note 125 (die Verwaltung und Benutzung der Grenzeinrichtung kann vertragsmäßig geregelt werden; die Regelung wirkt für und gegen die Sondernachfolger (§ 746), immerhin nur obligatorisch. Sollen die Befugnisse der Beteiligten dinglich festgelegt werden, so bedarf es eines dinglichen Vertrags und der Eintragung; das Rechtsverhältnis fällt dann in die Kategorie der Grunddienstbarkeiten). Ebenso (Notwendigkeit der Eintragung nur bei Regelung der Benutzung in Gestalt einer förmlichen Dienstbarkeit) sind zu verstehen RGRKomm. Anm. 6 zu § 921 und die Ausführungen von Turnau-Förster, LiegenschR. Anm. 4 zu § 1010 und Anm. 2 zu § 921—922. Aber auch diesen nicht unmittelbar dinglich wirkenden Benutzungsvereinbarungen kommt die Wirkung einer Umgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses als solchen zu; es kann nur mehr in dieser Gestalt auf einen späteren Erwerber der Nachbargrundstücke übergehen (s. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse Anm. 2 zu § 746 BGB.). Dagegen sind Staudinger Anm. 3 zu § 746, Meisner, Nachbarrecht S. 54, und Wolff, Recht 1900 S. 476, der Ansicht, daß Vereinbarungen über die Verwaltung und Benutzung einer Grenzeinrichtung zur Wirksamkeit gegenüber den Sondernachfolgern schlechthin der Eintragung in das Grundbuch bedürfen. Ebenso anscheinend die Motive zu Art. 70 Bayer. AG. (Becher, Mat. Bd. I S. 89). — Für die Wirksamkeit von Benutzungsvereinbarungen gegenüber den Besitznachfolgern ist allerdings zu fordern, daß es sich nicht nur um eine Vereinbarung vorübergehender und rein persönlicher Natur handelt, sondern wirklich eine dauernde Regelung des Benutzungsrechts beabsichtigt ist. Die Wirkung solcher Vereinbarungen gegenüber den Sondernachfolgern tritt anderseits ohne Rücksicht auf deren Kenntnis von der Vereinbarung ein (s. Planck Anm. 3 zu § 746 BGB.). — Im Sinne der Unanwendbarkeit des § 1010 BGB. nun auch Buhmann BayZfR. 1914 S. 223.

bleibenden Rechte zusammen bilden den Preis des Grundstücks; wird dieser Preis infolge Nichtbestehens eines formell bestehen gebliebenen Rechtes gemindert, so muß die Minderung um der Gerechtigkeit willen durch eine Erhöhung des bar zu zahlenden Betrages ausgeglichen werden, und zwar muß diese Erhöhung hinsichtlich Fälligkeit und Verzinslichkeit genau den gleichen Bedingungen unterliegen wie das weggefallene Recht. Ist also beispielsweise das weggefallene Recht eine Hypothek, die jeweils am 1. Januar mit 4 % verzinslich und nach halbjähriger, jedoch bis 1. Januar 1920 ausgeschlossener Kündigung rückzahlbar ist, so ist auch die entsprechende Bargebotserhöhung jeweils am 1. Januar mit 4 % verzinslich, aber (abgesehen von den fortlaufend fällig werdenden Zinsen) erst nach halbjähriger, bis 1. Januar 1920 ausgeschlossener Kündigung zahlbar.

Juristisch und mathematisch ist das sehr fein ausgedacht; nur ist leider die Art, wie einem an sich durchaus gesunden Grundgedanken zum Durchbruch verholfen wurde und bei dem nun einmal herrschenden sog. Grundsatze der Uebernahme in Ermangelung von etwas Besserem verholfen werden mußte, dem Laien meist unverständlich und anscheinend auch der großen Mehrzahl unserer Juristen schwer geläufig. Und doch wäre es dringend zu wünschen, daß in allen Kreisen, die mit dem Grundstücksverkehr zu tun haben, die Tragweite der §§ 50, 51 ZVG. ganz erkannt und verstanden wird; denn die Fälle, die durch diese Bestimmungen erfaßt werden, spielen in Bayern seit Einführung des Grundbuchrechts eine ziemlich bedeutende Rolle.

Es sind ja auch unter dem alten Recht gelegentlich solche Fälle vorgekommen; Art. 7 der bayerischen Subhastationsnovelle vom Jahre 1886 hat ihnen sogar ausdrücklich Rechnung getragen; aber die sachenrechtlichen Bestimmungen der in Bayern geltenden Rechte und ihre zweckentsprechende Anwendung, die sich gut eingebürgert hatte, haben nur verhältnismäßig selten zur Anwendung dieses Artikels geführt. Eine wesentliche Aenderung ist in diesen Verhältnissen mit der Einführung des Grundbuchrechtes und insbesondere der Eigentümergrundschuld eingetreten. Nicht als ob es im Wesen der Eigentümergrundschuld an sich läge, daß der Fall des § 50 so häufig vorkommt: der Grund, weshalb man so häufig zur Anwendung dieser verwickelten Bestimmungen[1]) genötigt ist, scheint mir vielmehr darin zu liegen, daß sich unsere Notare und die juristischen Berater der Beteiligten in die zweckentsprechende Anwendung des neuen Rechts noch nicht vollständig hineingefunden haben. Auch sonst ist ja das Grundstücksrecht in Bayern durch die Einführung des Grundbuchs nicht einfacher geworden: was bei uns das Publikum auf Grund alteingebürgerter und bewährter Gepflogenheiten in der Regel haben will, läßt sich häufig nur noch auf Umwegen und mit Vielschreiberei erreichen, die früher nicht nötig waren; aber während unsere Notare in Grundbuchsachen an der Hand der in juristischer Hinsicht ausgezeichneten amtlichen Formularsammlung diese Schwierigkeiten im allgemeinen leicht überwunden haben, zeigt sich bei Durchführung der Zwangsversteigerungen noch ziemlich häufig eine gewisse Unsicherheit, die insbesondere auf dem Gebiete der Bargebotserhöhungen gerne zutage tritt. Die nachfolgenden Ausführungen sollen dazu beitragen, diesem Uebelstand abzuhelfen; sie verzichten deshalb von vorneherein darauf, eine erschöpfende Darstellung des Rechts der Bargebotserhöhungen zu geben, und wollen nur an einem einzigen, aber sehr häufig vorkommenden und äußerst lehrreichen Beispiel zeigen, daß die Bargebotserhöhung an allen Ecken und Enden lauert, daß sie den Richter oft vor sehr schwierige und fast unlösbare Rechtsfragen stellt, daß sie aber in der Regel, natürlich wiederum nur auf Umwegen, verhältnismäßig leicht vermieden werden kann.

[1]) Deren ganze Verzwicktheit sich erst richtig übersehen läßt, wenn man dazu die §§ 125 und 128 ZVG. vergleicht.

II. Sachverhalt.

a) Johann Mayer ist seit dem Jahre 1900 Eigentümer des Grundstücks Pl.-Nr. 20 in Felden; in Felden ist das Grundbuch seit dem 1. Mai 1905 angelegt. Auf dem Grundstück ist in Abteilung III folgendes eingetragen:

1/I. Am 20. August 1904. Hypothek für 20000 M Pfandbriefdarlehen der Pfandbriefbank Felden, A.-G. in Felden, vom 1. August 1904 ab mit 4 v. H. verzinslich und durch Zinszuschläge von 1/2 v. H. in der Art zu tilgen, daß während 55 1/2 Jahren Halbjahresannuitäten von 450 M jeweils am 1. Februar und 1. August, erstmals am 1. Februar 1905, letztmals am 1. Februar 1960, entrichtet werden.

2000 M Kaution für nicht bevorzugte Zinsen, Kosten, Schäden, Vertragsstrafen und sechsprozentige Verzugszinsen.

2/II. Am 10. Mai 1906. 10000 M Hypothek ohne Brief des Kaufmanns Zwanziger in Felden ....

3. Am 10. Mai 1906. Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Gläubigers der Hypothek 2/II auf Löschung der Hypothek 1/I, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt.

Am 2. Mai 1910 wird das Grundstück zum Zweck der Zwangsverwaltung, am 10. April 1911 wird es auf Antrag des Gläubigers der 2. Hypothek zum Zweck der Zwangsversteigerung beschlagnahmt. Zu dem auf 1. Oktober 1911 bestimmten Versteigerungstermin, in dem auch gleich der Zuschlag erteilt wurde, meldet die Bank an:

Kosten des Zwangsverwaltungs- und Zwangsversteigerungsverfahrens . .	20.—
Annuitätenrate vom 1. Februar 1910 . .	450.—
6 % Verzugszinsen hieraus vom 1. Februar 1910 bis 30. September 1911 .	45.—
Annuitätenrate vom 1. August 1911 . . .	450.—
6 % Verzugszinsen hieraus vom 1. August bis 30. September 1911	4.50

Effektivrestkapital am 1. August 1911:[2]) .	19 199.90
4 % Zinsen hieraus vom 1. August bis 30. September 1911	128.—

Nach altem bayerischen Subhastationsrecht konnte man das geringste Gebot unmittelbar auf diese Anmeldung aufbauen (vgl. Ortenau-Henle zu Art. 4 der Novelle). Tat man dies, so waren Weiterungen nicht zu befürchten: die fälligen Annuitätenraten und die Zinsen seit 1. August waren zu bezahlen (Art. 8 Abs. III der Novelle); das Effektivrestkapital und die Nebenkaution waren zu übernehmen, ersteres gegen Anrechnung auf den Strichschilling (Art. 6 der Novelle), letztere, soweit sie sich auf künftige Ansprüche bezog, ohne Anrechnung (Art. 8 Abs. III der Novelle); nebenher waren die in die Nebenkaution fallenden Kosten und Verzugszinsen gem. Art. 8 Abs. II der Novelle bar zu erlegen.

Anders liegt die Sache nach Grundbuch- und Zwangsversteigerungsrecht, da hier die durch die Annuitätenzahlungen getilgten Beträge in der Regel nicht erlöschen, sondern kraft Gesetzes zu Eigentümergrundschulden werden oder auf Dritte übergehen. Will man hier klare Verhältnisse schaffen, so bleibt nichts anderes übrig, als daß man der Sache auf den Grund geht. Die Notare tun dies in der Regel **nicht** und überlassen diese Tätigkeit dem mit dem Verteilungsverfahren befaßten Vollstreckungsrichter. Die Folge ist, daß in Fällen, wie dem hier geschilderten, der Notar das geringste Gebot (abgesehen von den Kosten des Verfahrens und den Ansprüchen des § 10 Nr. 1–3 ZVG.) in der Regel folgendermaßen berechnet:

a) als Bestandteil des geringsten Gebots bleibt bestehen: die Hypothek der Pfandbriefbank Felden zu 20 000 *M*[3]) samt der zehnprozentigen Nebenkaution,

b) bar zu zahlen sind folgende Ansprüche der Pfandbriefbank Felden:

Kosten	20.—
Annuitätenrate vom 1. Februar 1910 . .	450.—
Verzugszinsen hieraus bis 30. September 1911	45.—
desgl. bis 15. Oktober 1911[4]) . . .	1.13
Annuitätenrate vom 1. August 1911 . .	450.—
Verzugszinsen hieraus bis 30. September 1911	4.50
desgl. bis 15. Oktober 1911[4]) . . .	1.13
4 % Zinsen aus 19 199.90 *M* Effektivrestkapital vom 1. August bis 30. September 1911	128.—
desgl. bis 15. Oktober 1911[4]) . . .	32.—

Besondere Versteigerungsbedingungen werden meist nicht vereinbart. Dem Ersteher wird also das Grundstück in der Regel unter den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen unter Aufrechterhaltung der Bankhypothek und der Nebenkaution im vollen Betrag zugeschlagen.

b) Wenn es nun zur Verteilung des Erlöses kommt, wird sich das Vollstreckungsgericht veranlaßt sehen, das rechtliche Schicksal der Bankhypothek samt Nebenkaution festzustellen; durch Anfrage bei der Bank und Einsicht der Zwangsverwaltungsakten und auf Grund der vom Ersteher vorgelegten Quittungen über die seit dem Zuschlag für Rechnung des Strichschillings bereits geleisteten Zahlungen wird sich hier beispielsweise folgendes ermitteln lassen:

Die jeweils fälligen Annuitäten wurden (abgesehen von den Annuitäten seit 1. Februar 1910) stets ziemlich pünktlich bezahlt; Anhaltspunkte dafür, daß die Zahlungen jemals von dritter Seite geleistet worden wären, sind nicht vorhanden; getilgt wurden:

durch die 1. Rate, fällig am 1. Februar 1905: 50.— *M*
„ 2. „ „ 1. August 1905: 51.— *M*
„ 3. „ „ 1. Februar 1906: 52.— *M*
„ 4. „ „ 1. August 1906: 53.— *M*
„ 5. „ „ 1. Februar 1907: 54.10 *M*
„ 6. „ „ 1. August 1907: 55.20 *M*
„ 7. „ „ 1. Februar 1908: 56.40 *M*
„ 8. „ „ 1. August 1908: 57.60 *M*
„ 9. „ „ 1. Februar 1909: 58.80 *M*
„ 10. „ „ 1. August 1909: 60.— *M*
„ 11. „ 61.20 *M* | durch die 13. Rate: 63.60 *M*
„ 12. „ 62.40 *M* | „ 14. „ 64.80 *M*;

die 11. und 12. Rate, verrechnet auf die Raten vom 1. August 1910 und 1. Februar 1911, wurden vor dem Versteigerungstermin aus der Zwangsverwaltungsmasse gedeckt, die 13. und 14. Rate, verrechnet auf die Raten vom 1. Februar 1910 und 1. August 1911, nach dem Versteigerungstermin (wollen wir annehmen: am 1. November 1911) vom Ersteher für Rechnung des Strichschillings bezahlt.

Bei diesem Sachverhalt waren von den 20 000 *M* **Hauptsachehypothek** im Augenblick der Erteilung des Zuschlags:

1. 50 *M* infolge der ersten noch unter dem alten bayerischen Hypothekenrecht erfolgten Annuitätenzahlung erloschen,
2. 498.10 *M* infolge der 2. mit 10. Annuitätenzahlung Eigentümergrundschuld des Mayer geworden,
3. 123.60 *M* durch Zahlung aus der Zwangsverwaltungsmasse gem. § 1181 Abs. 1 BGB. erloschen und
4. 19 199.90 *M* + 63.60 *M* + 64.80 *M* = 19 328.30 *M* noch Hypothek der Pfandbriefbank Felden; bezüglich der letztgenannten Beträge von 63.60 *M* und 64.80 *M* zeigt sich hierbei die eigenartige Erscheinung, daß sie

[2]) d. i. der Betrag, der **nach** Zahlung der am 1. Februar 1910 und 1. August 1911 verfallenen Annuitätenraten noch geschuldet wird.

[3]) Statt dessen kann man gelegentlich auch lesen: „Die Hypothek der Pfandbriefbank Felden zu nominal 20 000 *M* im Effektivrestbetrag von 19 199.90 *M*.“ Diese Fassung ist zum mindesten unklar, da sie nicht deutlich ersehen läßt, ob die vollen 20 000 *M* oder nur 19 199.90 *M* bestehen bleiben sollen; in einem derartigen Fall, wo einer meiner Kollegen deshalb eine Rückfrage an den Notar machte, erwiderte dieser, daß nur der Effektivrestbetrag aufrecht erhalten werden sollte; dies war ohne Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung in diesem Sinne unzulässig.

[4]) § 47 ZVG.

im geringsten Gebot eigentlich doppelt berücksichtigt sind, nämlich einmal im Rahmen der bestehenbleibenden Hauptsachehypothek und einmal als Teil der zwei bar zu bezahlenden rückständigen Annuitätenraten, ohne daß dadurch gegen das Gesetz verstoßen würde.

Hinsichtlich der Nebenkaution ist aus dem wiedergegebenen Akteninhalt ersichtlich, daß darauf nur ganz geringfügige Forderungen entstanden sind: sogar für die 20 *M* Kosten, die nach altem bayerischen Hypothekenrecht nur im Rahmen der Nebenkaution hätten berücksichtigt werden können, haftet nunmehr gem. § 1118 BGB. das Grundstück schon auf Grund der Hauptsachehypothek; nur die Verzugszinsen, für die (in unserem Fall!) nach dem Inhalt des Grundbuchs die Hauptsachehypothek nicht haftet, können (in unserem Fall!) nur im Rahmen der Nebenkaution verlangt werden. Auch diese Verzugszinsen treten bei der Feststellung des geringsten Gebots zweimal in die Erscheinung, nämlich einmal im Rahmen der bestehenbleibenden Nebenkaution und einmal als barzuzahlender Anspruch; ihre Berücksichtigung als barzuzahlender Anspruch wäre, wie oben dargelegt, nach altem bayerischen Subhastationsrecht in Ordnung gewesen; nach dem jetzt geltenden Recht ist sie jedoch ein Fehler, der fast regelmäßig gemacht wird: sie durften ohne Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung nur im Rahmen der Nebenkaution, d. h. als Bestandteil eines bestehenbleibenden Rechtes berücksichtigt werden.[5]) Da allerdings die Art der Feststellung des geringsten Gebots für den Verteilungsrichter nicht bindend ist, wird das Vollstreckungsgericht die Verzugszinsen bei der Verteilung des Erlöses nicht unter die barzuzahlenden Ansprüche aufzunehmen und auf diese Weise den Fehler des Versteigerungsbeamten zu berichtigen haben. Im übrigen ergibt sich aus dem Gesagten, daß auf die Nebenkaution im Augenblick der Erteilung des Zuschlags nur 49.50 *M* Forderungen entstanden waren, während sie im Restbetrag von 1950.50 *M* nicht ausgefüllt war.

III.

In dem in Ziff. II erörterten Fall kommen folgende Bargebotserhöhungen in Betracht:

1. Eine Bargebotserhöhung von 50 *M*, weil zu diesem Betrag die im geringsten Gebot als bestehenbleibend berücksichtigte Bankhypothek im Augenblick des Zuschlags bereits erloschen war. Da diese 50 *M* ein bereits am 1. Februar 1905 fällig gewordener Hypothekteil sind, ist diese Bargebotserhöhung schon fällig; sie ist ferner gleich der Bankhypothek mit 4% verzinslich. Einige Schwierigkeit verursacht die Lösung der Frage, von welchem Tag ab Zinsen zu entrichten sind; man wird als Tag des Zinsbeginns den Tag des Zuschlags, also den 1. Oktober 1911, annehmen können, weil mit diesem Tag der an sich erloschene Hypothekteil von 50 *M* in Gestalt einer Bargebotserhöhung zu neuem Leben erstanden ist und der Ersteher, wenn die Hypothek zu diesem Betrag noch bestände, gem. § 56 Satz 2 ZVG. vom Zuschlag an deren Zinsenlast zu tragen hätte.

2. Eine bedingte Bargebotserhöhung von 498.10 *M*, weil bezüglich dieses infolge der Annuitätenzahlungen zur Eigentümergrundschuld gewordenen Betrags für den Nachhypothekgläubiger Zwanziger ein Löschungsanspruch besteht. Die Bargebotserhöhung ist doppelt bedingt dadurch, daß a) Zwanziger von seinem Löschungsanspruch Gebrauch macht und b) im Vollzug dieses Löschungsanspruchs die Eigentümergrundschuld auch wirklich gelöscht wird; im übrigen ist sie nach § 125 Abs. 2 ZVG. zu behandeln. Der Richter wird, besonders dann wenn die bedingte Bargebotserhöhung nicht dem Ersteher selbst zugute kommt, tunlichst bestrebt sein, die Rechtslage bis zum Verteilungstermin vollständig zu klären, indem er darauf hinwirkt, daß sich Zwanziger bestimmt darüber erklärt, ob er von seinem Löschungsanspruch Gebrauch macht; bejaht er dies, so kann man unter Umständen sogar darauf hinwirken, daß die Löschung noch vor dem Verteilungstermin vollzogen wird, wodurch dann zwar nicht die Bargebotserhöhung als solche, aber wenigstens ihre besonders störend wirkende Bedingtheit beseitigt wird.

Auch diese 498.10 *M* betreffen einen schon fälligen Hypothekteil; die (bedingte) Bargebotserhöhung ist deshalb ebenfalls bereits fällig.

Aus der Eigentümergrundschuld waren, solange sie wirklich Eigentümergrundschuld war, gem. § 1197 Abs. 2 BGB. keine Zinsen zu entrichten; durch das neben dem Versteigerungsverfahren hergehende Zwangsverwaltungsverfahren wurde daran für unseren Fall nichts geändert, weil Mayer die ihm nach § 1197 Abs. II BGB. für die Dauer der Zwangsverwaltung gebührenden Zinsen nicht allgemein, sondern nur aus der Zwangsverwaltungsmasse beanspruchen konnte (vgl. RGZ. 60, 359). Ein allgemeines Recht des Mayer auf Verzinsung seiner Eigentümergrundschuld entstand jedoch in dem Augenblick, wo sein Recht aufhörte, eine Eigentümergrundschuld zu sein, d. h. mit dem Zuschlag, durch den der Ersteher Eigentümer des belasteten Grundstücks wurde. Hienach ist die „Eigentümergrundschuld" und demnach auch die (bedingt) an ihre Stelle tretende Bargebotserhöhung von 498.10 *M* ebenfalls vom 1. Oktober 1911 ab mit 4% verzinslich. Gegen die Annahme der Verzinslichkeit der ehemaligen Eigentümergrundschuld könnten hier insofern einige Bedenken bestehen, als sich durch ihre Verzinslichkeit die Summe der aus der Bankhypothek geschuldeten wiederkehrenden Leistungen erhöhen würde; das Bedenken ist aber nicht stich-

[5]) Anders natürlich, wenn die Verzugszinsen, wie dies nun bei allen neueren Bankhypotheken der Fall ist, bereits als Nebenleistung der Hauptsachehypothek im Grundbuch eingetragen sind.

haltig: würde man die Verzinslichkeit der auf diese Weise entstandenen Grundschulden leugnen, so müßte folgerichtig auch die nach vollständig durchgeführter Annuitätentilgung an die Stelle der Bankhypothek getretene Grundschuld von 20000 *M* unverzinslich sein; daß dies nicht der Fall sein kann, liegt auf der Hand; in der Tat ist denn auch die durch Verzinsung der „Eigentümergrundschuld" von 498.10 *M* hervorgerufene Mehrbelastung nur scheinbar, da eben die fortlaufend zu zahlenden Annuitäten mit fortschreitender Kapitalstilgung einen immer größer werdenden Kapitaltilgungsbetrag und einen immer kleiner werdenden Zinsenbetrag enthalten, so daß auch bei Verzinsung der „Eigentümergrundschuld" nicht mehr Zinsen bezahlt werden müssen, als inhaltlich des Grundbuchs zu entrichten sind.

3. ist eine Bargebotserhöhung von 123.60 *M* zu leisten, weil zu diesem Betrag die im geringsten Gebot als bestehenbleibend berücksichtigte Bankhypothek im Augenblick des Zuschlags gem. § 1181 BGB. bereits erloschen war; bezüglich Fälligkeit und Verzinslichkeit gilt das gleiche wie bei Ziff. 1.

4. dürfte eine Bargebotserhöhung von 63.60 *M* + 64.80 *M* = 128.40 *M* zu entrichten sein, weil zu diesem Betrag die im geringsten Gebot als bestehenbleibend berücksichtigte Bankhypothek im Augenblick des Zuschlags zwar noch bestand, aber gem. § 1181 BGB. in ihrem Bestand auflösend bedingt gewesen sein dürfte, auflösend bedingt dadurch, daß die im geringsten Gebot als barzuzahlende Ansprüche berücksichtigten Annuitätenraten vom 1. Februar 1910 und 1. August 1911 (sei es durch Zahlung aus der Versteigerungsmasse, sei es durch eine gem. § 118 Abs. II ZVG. wie die Befriedigung aus dem Grundstück wirkende Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher) befriedigt werden. Diese auflösende Bedingung ist in unserem Fall bereits eingetreten, weil der Ersteher die 2 Annuitätenraten bereits für Rechnung des Strichschillings bezahlt hat; die Bargebotserhöhung ist deshalb unbedingt geworden.

In diesem Falle läßt sich einigermaßen darüber streiten, ob eine Bargebotserhöhung überhaupt in Frage kommt; ich glaube, die Frage bejahen zu müssen, weil bei Ablehnung dieser Bargebotserhöhung der Ersteher eine ungerechtfertigte Bereicherung um 128.40 *M* erfahren, also gerade der Fall eintreten würde, den das Gesetz durch die Einführung der Bargebotserhöhung vermeiden wollte: wir haben oben gesehen, daß dieser Betrag von 128.40 *M* im geringsten Gebot doppelt berücksichtigt war, nämlich einmal im Rahmen der 2 Annuitätenraten als barzuzahlender Anspruch und einmal im Rahmen der bestehenbleibenden Bankhypothek als liegenbleibendes Recht; dadurch, daß der Ersteher den Betrag aus der Versteigerungsmasse bezahlte, also einmal leistete, hat er nicht nur den im geringsten Gebot berücksichtigten barzuzahlenden Anspruch getilgt, sondern — und darin liegt eben die Bereicherung! — gem. § 1181 BGB. auch die bestehenbleibende Bankhypothek im Teilbetrage von 128.40 *M* zum Erlöschen gebracht; daß dieses Erlöschen eintreten würde, war schon im Versteigerungstermin mit nahezu zwingender Notwendigkeit vorauszusehen; also wird man sagen müssen, daß die Bankhypothek zu diesem Betrag schon im Versteigerungstermin nur noch ein auflösend bedingtes Recht gewesen ist.

Auch diese Bargebotserhöhung von 128.40 *M* ist bereits fällig; denn sie rührt aus Annuitätentilgungen her, die bereits vor dem Versteigerungstermin fällig waren.

Sie ist auch wie die übrigen bisher genannten Bargebotserhöhungen mit 4 % verzinslich. Man könnte an eine Verzinsung von sechs Prozent denken, weil auf die Annuitäten 6 % Verzugszinsen geschuldet waren; diese Meinung wäre aber in unserem Fall schon deshalb abzulehnen, weil ja die Verzugszinsen nur im Rahmen der Nebenkaution, also eines ganz anderen Rechtes als desjenigen, aus dem die Bargebotserhöhung herrührt, geschuldet werden. Schwieriger läge die Sache, wenn, (wie dies bei den seit Anlegung des Grundbuchs bestellten Bankhypotheken die Regel bildet), die Verzugszinsen im Rahmen der Hauptsachehypothek verlangt werden könnten: auch dann aber wäre die Bargebotserhöhung zunächst nicht mit 6 %, sondern nur mit 4 % zu verzinsen, weil die sechsprozentige Verzinsung nicht die Regel, sondern eine an die Voraussetzung des Zahlungsverzugs geknüpfte Ausnahme bildet und Zahlungsverzug bisher zwar hinsichtlich der 2 rückständigen Annuitätenraten, nicht aber hinsichtlich der Bargebotserhöhung eingetreten ist; erst wenn der Ersteher mit der Zahlung der Bargebotserhöhung in Verzug käme (§ 284 Abs. I BGB.) würde sich der vierprozentige Zinsfuß wohl in einen sechsprozentigen zu verwandeln haben[6]) (unter der im Vorstehenden unterstellten Voraussetzung, daß die Verzugszinsen im Rahmen der Hauptsachehypothek verlangt werden könnten, würde diese Regelung der Zinsfußfrage übrigens auch für die in Ziff. 1, 2 und 3 besprochenen Bargebotserhöhungen zu gelten haben).

Schwierigkeiten bereitet auch die Frage des Zinsbeginns: man kann hier denken an den 1. Oktober 1911 (entsprechend den vorher besprochenen Fällen Ziff. 1, 2 und 3) oder an den Tag des Verteilungstermins oder an den 1. November 1911, an dem der Ersteher die 2 Annuitätenraten bezahlt hat. Den Tag des Verteilungstermins möchte ich als willkürlich von vorneherein ablehnen. Auch den 1. November halte ich nicht für das Richtige;

[6]) Würde der Ersteher auch mit den Zinsen aus der Bargebotserhöhung im Rückstande bleiben, so hätte er hieraus trotz des Eintrags im Grundbuch gem. § 289 BGB. wohl nicht wieder Zinsen zu entrichten, da § 248 Abs. II BGB. für die Bargebotserhöhung nicht zutrifft.



denn daß durch die Annuitätenzahlungen die zur Bargebotserhöhung führende Bedingung eintrat, kann keine Rolle spielen, weil die Verpflichtung zur Leistung der Bargebotserhöhung (vorläufig allerdings nur als einer bedingten) ja schon im Augenblick des Zuschlags geboren wurde; auch der Umstand, daß der Ersteher natürlich bis zum 1. November die sechsprozentigen Verzugszinsen zu entrichten hatte, kann keine Bedeutung haben, weil ja der Ersteher gem. § 56 Satz 2 ZVG. diese Verzugszinsen vom Zuschlag ab als private, vom Versteigerungsverfahren unabhängige Last zu tragen hat; in unserem Fall kommt hinzu, daß ja die Verzugszinsen nur im Rahmen der Nebenkaution erwuchsen. Es wird also wohl das Richtige sein, als Tag des Zinsbeginns auch hier den 1. Oktober 1911 anzunehmen.

5. kommt eine Bargebotserhöhung von 1950.50 *M* in Betracht, weil zu diesem Betrag auf die nicht eigentümerhypothekfähige altrechtliche Nebenkaution von 2000 *M* im Augenblick des Zuschlags keine Forderungen entstanden waren.

Diese Bargebotserhöhung ist unverzinslich, weil aus der Nebenkaution keine Zinsen zu entrichten sind. Sie ist bereits fällig, weil die Nebenkaution ihrer Natur nach nur für fällige Ansprüche errichtet ist.

Die Frage, ob die bedingungslose Berücksichtigung altrechtlicher Nebenkautionen zu einer (sei es bedingten oder unbedingten) Bargebotserhöhung führt, ist nicht unbestritten. Koch,[7]) der nur die etwaige Anwendbarkeit des § 50 Abs. II Ziff. 1 im Auge hat, verneint sie für den Fall, daß der auf die Nebenkaution geschuldete Betrag im Versteigerungstermin richtig angemeldet ist, was bei dem hier behandelten Beispiel zutreffen würde; er bejaht sie für den Fall, daß der auf die Kautionshypothek geschuldete Betrag nicht angemeldet und im Versteigerungstermin nicht zu ermitteln ist; im übrigen gibt er zu, daß man sehr wohl auch zu einem anderen Ergebnis kommen kann, nämlich zu dem, daß eine Nachzahlungspflicht unter allen Umständen besteht; dieser letzteren Auffassung scheint Steiner zu sein; denn dieser führt in der 2. Auflage seines Kommentars zum ZVG. S. 142 aus:

Die zur Zeit des Inkrafttretens des Grundbuchrechts bestehende bayerische Zinsen- und Kostenkautionshypothek ..... ist nicht eigentümerhypothekfähig, und zwar nicht bloß dann, wenn zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Liegenschaftsrechts das Kreditverhältnis bereits erloschen und auf die Kautionshypothek keine Nebenansprüche erwachsen waren, sondern auch wenn im Zeitpunkt der Ueberleitung die Möglichkeit solchen Entstehens noch gegeben war; obwohl sie also im letzteren Falle in eine Höchstbetragshypothek des BGB. nach § 1190 BGB. sich verwandelt hat, steht sie doch gemäß obiger landesrechtlichen Vorschrift (Gesetz vom 15. Mai 1906) nicht dem Eigentümer zu, soweit sie nicht valutiert ist, sondern erlischt (vgl. § 1178 BGB.). Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit der Anwendung des § 50 .....

Der Wortlaut dieser Ausführungen und die Stelle, an der Steiner sie eingeschaltet hat, weisen übrigens darauf hin, daß Steiner im Gegensatz zu Koch die Forderung der Mehrzahlungspflicht auf § 50 Abs. I (nicht Abs. II Ziff. 1) gründet. Das Vollstreckungsgericht München hat sich nach anfänglichem Schwanken die Meinung Steiners ständig angeeignet; in den von mir geleiteten Zwangsversteigerungskursen pflege ich sie damit zu begründen, daß ich sage: die nicht ausgefüllte Nebenkaution ist zwar eine Hypothek, und zwar eine unbedingte; sie ist es aber nur formell, nicht materiell; soweit auf die Nebenkaution keine Forderung entstanden ist, ist also nur formell, aber nicht materiell eine Hypothek vorhanden; wird diese rein formelle Hypothek im geringsten Gebot als bestehenbleibendes Recht berücksichtigt, so ist eine Bargebotserhöhung zu leisten, da es eben materiell an einer Belastung des Grundstückes fehlt.

Zusammenfassung:

Wir haben folgende Bargebotserhöhungen festgestellt:

a) in Ziff. 1, 3 und 4: unbedingte Bargebotserhöhungen im Gesamtbetrag von 302 *M*, bereits fällig und ab 1. Oktober 1911 mit 4 % verzinslich. Gesetzt den Fall, der Verteilungstermin würde auf 1. April 1912 bestimmt, so wären die Zinsen bis zu diesem Tag (= 6.04 *M*) zu berechnen, so daß wir bekämen:

α) eine unbedingte Bargebotserhöhung von 302 *M*, bereits fällig und ab 1. April 1912 mit 4 % verzinslich,

β) eine unbedingte Bargebotserhöhung von 6.04 *M*, bereits fällig und unverzinslich;

b) in Ziff. 5: eine unbedingte Bargebotserhöhung von 1950.50 *M*, bereits fällig und unverzinslich; (die Beträge β und b lassen sich zusammenziehen zu einem einheitlichen Betrag von 1956.54 *M*, bereits fällig und unverzinslich),

c) in Ziff. 2: eine bedingte Bargebotserhöhung von 498.10 *M*, bereits fällig und ab 1. Oktober 1911 mit 4 % verzinslich oder unter Ausrechnung der Zinsen bis zum Verteilungstermin vom 1. April 1912:

α) eine bedingte Bargebotserhöhung von 498.10 *M*, bereits fällig und ab 1. April 1912 mit 4 % verzinslich,

β) eine bedingte Bargebotserhöhung von 9.96 *M*, bereits fällig und unverzinslich.

(Schluß folgt.)

[7]) Gesetz, die Ueberleitung von Hypotheken betreffend, vom 15. Mai 1906, mit einem Anhang: Die Behandlung der Kautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren, Schweitzer 1906; das Schriftchen, das gleich nach Erscheinen des Gesetzes vom 15. Mai 1906 herauskam, also zu einer Zeit, wo das Gebiet noch wenig geklärt war, scheint allerdings durch die neuere Rechtslehre und Rechtsanwendung in einigen Punkten überholt zu sein.

Kleine Mitteilungen.

Zum Güterzertrümmerungsgesetz. In Art. 1 GZG. vom 13. August 1910 (GVBl. 1910 S. 627 ff.) ist u. a. bestimmt, daß, wenn der Eigentümer geschlossen bewirtschafteter Grundstücke die Grundstücke ganz oder teilweise an einen gewerbsmäßigen Händler mit landwirtschaftlichen Grundstücken (Güterhändler) verkauft, vorkaufsberechtigt sind jede Gemeinde, in deren Bezirk eines der Grundstücke liegt, und die für eine solche Gemeinde bestehenden gemeinnützigen Darlehenskassenvereine. Das Vorkaufsrecht erstreckt sich auch auf das Zubehör, das mit dem Grundstück verkauft wird, und greift auch dann Platz, wenn der Güterhändler den Kaufvertrag nicht für sich, sondern als Vertreter eines anderen abschließt.

Seitdem diese Bestimmungen gelten, die den Auswüchsen des gewerbsmäßigen Güterhandels entgegentreten, sind da und dort Verträge aufgetaucht, in denen ein gewerbsmäßiger Güterhändler sich von dem Anwesenseigentümer bevollmächtigen läßt, das Anwesen für den Eigentümer zu zertrümmern. Diese Verträge segeln unter verschiedener Flagge und haben schon wiederholt die Rechtslehre und die Rechtsprechung beschäftigt.

In einer Abhandlung in der BayZfR. 1911 S. 303 ff., überschrieben: „Eine Lücke im Güterzertrümmerungsgesetz?" wird darauf hingewiesen, daß über die Zulässigkeit solcher Verträge die Notariate und die Gerichte verschiedener Anschauung sind. In der BayNotZ. 1911 S. 16 findet sich eine von der Leitung dieser Zeitschrift ausgehende, an die Notare gerichtete Warnung, durch irgendeine Fassung einer Umgehung des GZG. die Hand zu bieten. Auf die von Notaren gemäß Art. 16 NotG. erklärte Weigerung, solche Verträge zu verlautbaren, wurde Antrag nach Art. 17 a. a. O. gestellt. In der zuerst erwähnten Abhandlung sind zwei landgerichtliche Entscheidungen besprochen, die auf einen Antrag nach Art. 17 NotG. ergingen. Das Landgericht Eichstätt hat in einem Beschluß vom 22. April 1911 die Weigerung des Notars für unbegründet erklärt, das Landgericht Landshut ist in einem Beschluß vom 5. Mai 1911 zur entgegengesetzten Entscheidung gekommen.

Die Entscheidung des LG. Eichstätt ist mitgeteilt in der BayNotZ. Bd. 12 S. 275 ff. Auf S. 279 heißt es: „Darnach ist die in Nr. 1 BayNotZ. vom Jahr 1911 auf S. 16 an die Notare gerichtete Warnung in dieser Allgemeinheit nicht haltbar und Notar H. hatte vorliegendenfalls keinen genügenden Grund zur Verweigerung der Amtstätigkeit." In einer Fußnote auf S. 275 sagt die Leitung der Zeitschrift: „Wir beeilen uns, den wichtigen Beschluß zur Kenntnis der Herrn Kollegen zu bringen. Bei ähnlichen zweifelhaften Fällen wird es sich empfehlen, nach Art. 16 NotG. zu verfahren und die Beteiligten auf das ihnen zustehende Beschwerderecht aufmerksam zu machen."

Eine Abhandlung in der BayNotZ. Bd. 13 S. 30 ff. kann sich mit dem Beschluß des LG. Landshut vom 5. Mai 1911 nicht einverstanden erklären. Auch der Verfasser der obenerwähnten Abhandlung in der Bay.-ZfR. 1911 S. 303 ff. neigt sich der vom LG. Eichstätt im Beschluß vom 22. April 1911 vertretenen Auffassung zu. Hiegegen machte der Herausgeber der Zeitschrift in einer Nachschrift gewichtige Bedenken geltend. Es wird in der Nachschrift hingewiesen auf einen oberstlandesgerichtlichen Beschluß vom 8. Mai 1911, abgedruckt auf S. 315 des gleichen Jahrgangs der Zeitschrift. Der Beschluß findet sich auch mitgeteilt in der Neuen Sammlung Bd. 12 S. 330 ff. In einer mit der nämlichen Frage sich beschäftigenden Abhandlung in der BayNotZ. Bd. 13 S. 142 ff. weist der Verfasser auch auf den oberstlandesgerichtlichen Beschluß vom 8. Mai 1911 hin und erwähnt eine Entschließung des Staatsministeriums des Innern vom 5. Februar 1911 (v. Braun, GZG. 2. Aufl. S. 14), welche gleich dem oberstlandesgerichtlichen Beschluß wertvollen Stoff zur Auslegung solcher Vollmachtsverträge gebe. Außer auf die oben erwähnten Abhandlungen kann noch hingewiesen werden auf eine solche in der BayZfR. 1910 S. 391 ff.

Es dürfte nun für die bayerischen Juristen nicht ohne Interesse sein, einen Fall kennen zu lernen, der in neuerer Zeit das Landgericht und das Oberlandesgericht Bamberg beschäftigt hat. Um den Raum dieser Zeitschrift nicht allzusehr in Anspruch zu nehmen, soll er nur in seinen wichtigsten Punkten mitgeteilt werden.

Zu Urkunde des Notariats L. vom 27. Dezember 1911 schlossen die damals in Reichenbach wohnhaften Bauersehleute M. mit dem gewerbsmäßigen Güterhändler K. von B. einen „Dienstvertrag", durch den sie den K. bevollmächtigten, ihr in der Gemeinde Reichenbach gelegenes Anwesen, zu welchem auch zwei in der benachbarten Lehestener Flurmarkung (Sachsen-Meiningen) gelegene Plannummern gehören, samt diesen beiden Grundstücken zu zertrümmern. Für die Durchführung der Zertrümmerung, für Mühewaltung, Zeitversäumnis, Auslagen an Spesen usw. wurde dem K. im Vertrag eine Vergütung von 6000 *M* zugesichert, sollte jedoch ein Erlös von nicht mehr als 40 000 *M* erzielt werden, nur eine solche von 5000 *M*. Am gleichen Tag erhielt der Ehemann M. von K. 1000 *M*, welche dieser laut der ihm ausgestellten „Quittung" bei der am 1. April 1912 zu pflegenden Abrechnung abziehen durfte. Am 10. Januar 1912 verkaufte K. einen Teil des M.schen Anwesens an Dritte. Auf Veranlassung des zuständigen Bezirksamts, dem K. „vorsichtshalber und unter Bestreitung einer Rechtspflicht" angezeigt hatte, daß er als Bevollmächtigter der Eheleute M. für deren Rechnung das Anwesen zertrümmern werde, stellte der Darlehenskassenverein T. sich auf den Standpunkt, daß der „Dienstvertrag" vom 27. Dezember 1911 in Wahrheit ein Kaufvertrag sei und machte am 17. Januar 1912 das gesetzliche Vorkaufsrecht geltend, da auch die sonstigen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des GZG. gegeben seien.

Mit notarieller Urkunde vom 23. Mai 1912 und Nachtragsurkunde vom 1. August 1912 verkauften die Eheleute M., welche das Vorkaufsrecht des Darlehenskassenvereins T. anerkannten, ihr gesamtes Anwesen an den genannten Verein, der in die von K. mit Dritten am 13. Januar 1912 geschlossenen Kaufverträge eintrat. Daraufhin klagte K. beim LG. Bamberg die Vergütung von 6000 *M* ein. Die Klage erstreckte sich auch auf die dem Ehemann M. gegebenen 1000 *M*, es ist jedoch dieser Punkt hier nicht von Bedeutung. K. behauptete, daß allerdings die Eheleute M. ursprünglich ihr Anwesen ihm verkaufen wollten, daß er aber gerade mit Rücksicht auf die Bestimmungen des GZG. den Verkauf abgelehnt und ihnen erklärt habe, er wolle sehen, daß er ihnen das Anwesen gut verkaufe. Er und die Eheleute M. seien dahin einig geworden, daß ein Dienstvertrag, kein Kaufvertrag geschlossen werden solle. Er habe diesen Weg gewählt, um das Vorkaufsrecht

des GZG. auszuschalten, jedoch nicht im Weg des Scheinvertrags, sondern in Ausnützung einer Lücke des Gesetzes. Die Beklagten hätten die Annahme seiner weiteren Dienste verweigert und ihm die Vertragserfüllung unmöglich gemacht.

Die Eheleute M. und der ihnen als Nebenintervenient beigetretene Darlehenskassenverein T. bezeichneten den „Dienstvertrag“ vom 27. Dezember 1911 als einen verschleierten Kaufvertrag, mithin als einen nichtigen Scheinvertrag, der aber auch gegen die guten Sitten verstoße. Beweiserhebung fand nicht statt.

Durch Endurteil des LG. Bamberg vom 13. Januar 1913 wurden die Eheleute M. zur Bezahlung der 6000 *M* nebst Zinsen verurteilt. Das Landgericht hielt dafür, daß zwar kein Dienst-, wohl aber ein Werkvertrag in Frage stehe, nicht ein verschleierter Kaufvertrag, der als Scheingeschäft nichtig wäre. Auch verneinte das Landgericht, daß der Vertrag gegen die guten Sitten verstoße.

Aus den Entscheidungsgründen sei auszugsweise hervorgehoben:

„K. befürchtete den Eingriff des vorkaufsberechtigten Darlehenskassenvereins auf Grund der Bestimmungen des GZG. und deshalb verwarf er den Weg des eigenen Erwerbs. Er wollte also den Kaufvertrag nicht. Deshalb schloß er mit den Beklagten den Dienstvertrag. Diesen Vertrag wollte er. Auf diesem Weg sind ihm die Beklagten gefolgt. Sie wußten, daß Kläger keinen Kaufvertrag abschließen wollte und sie waren damit einverstanden. Im beiderseitigen Einverständnis wurden deshalb die Erklärungen der Vertragsteile vor dem Notar als ernstlich gewollt abgegeben, nicht nur zum Schein, zur Täuschung Dritter und zur Verdeckung eines Kaufvertrags. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den übereinstimmenden eigenen Erklärungen der Parteien über das Zustandekommen der Vertrags. Der Einwand des Scheingeschäfts ist nicht begründet. Kläger K. hat allerdings den von ihm eingeschlagenen Weg gewählt, um die Konkurrenz der nach dem GZG. Vorkaufsberechtigten auszuschließen und auf diese Weise die mit dem Vorkaufsrecht verbundene Beschränkung der Vertragsfreiheit zu umgehen. Enthält nun das GZG. eine Vorschrift, wonach es verboten ist, die Konkurrenz der Vorkaufsberechtigten zu umgehen?“

Es folgen nun längere Ausführungen über die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, über Bestimmungen des Entwurfs und später des Gesetzes. — Dann fahren die Entscheidungsgründe fort:

„Damit ist dargetan, daß das GZG. weder ausdrücklich noch stillschweigend das Verbot von Verträgen enthält, die wirtschaftlich zu demselben Ergebnis führen, wie Kaufverträge, durch die Vorkaufsrechte der Berechtigten aber ausgeschaltet sind. Solche Verträge sind vielmehr auch unter der Herrschaft des GZG. noch zulässig. Sie verstoßen auch nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. Den in Art. 1 GZG. bezeichneten Korporationen sollte nicht unter allen Umständen der Vorrang vor den Güterhändlern eingeräumt werden, sondern eben nur im Fall des ‚Verkaufs‘ an den Güterhändler. Von der hienach gesetzlich gegebenen Möglichkeit, die Beschränkungen des Art. 1 GZG. zu vermeiden, haben die Parteien Gebrauch gemacht.“

Gegen das landgerichtliche Endurteil haben die Eheleute M. und der Nebenintervenient Berufung eingelegt. Bei ihrer Begründung wurde auch Bezug genommen auf den oberstlandesgerichtlichen Beschluß vom 8. Mai 1911 in der N. F. Bd. 12 S. 330 ff. Das ohne vorausgegangene Beweiserhebung ergangene Endurteil des Oberlandesgerichts Bamberg vom 28. April 1914 hob das landgerichtliche Urteil in seinen Hauptbestandteilen auf und wies die Klage des K. ab. Das Oberlandesgericht erachtete den Vertrag vom 27. Dezember 1911 als einen verschleierten Kaufvertrag, also für ein nach § 117 BGB. nichtiges Scheingeschäft, sprach sich aber auch dahin aus, daß es den Vertrag, falls in ihm ein verschleierter Kaufvertrag nicht zu finden sein sollte, als gegen die guten Sitten verstoßend (§ 138 Abs. 2 a. a. O.) erachten würde. Wie aus der des landgerichtlichen, so seien auch aus der Begründung des oberlandesgerichtlichen Urteils nur die Hauptpunkte mitgeteilt. In den Gründen kommt vor:

„Zunächst handelt es sich darum: Ist der Vertrag vom 27. Dezember 1911 ein Dienst-, ein Werk-, ein Mäklervertrag oder ist er ein Kaufvertrag? Würde letzteres anzunehmen sein, dann wäre eine von den vertragschließenden Parteien nicht gewollte Vereinbarung notariell verlautbart, die Verlautbarung des wirklich Gewollten aber unterlassen worden. Dann wäre der ‚Dienstvertrag‘ nichtig. Die Entscheidung bietet erhebliche Schwierigkeiten. Zu ihrer Lösung dient dem Berufungsgericht als Handhabe der Beschluß des ObLG. vom 8. Mai 1911. Bei diesem Beschluß hatte es sich darum gehandelt, ob ein — zwischen den Güterhändlern G. und E. und den Gastwirtseheleuten B. am 20. Oktober 1910 zu notarieller Urkunde über die Zertrümmerung des B.schen Anwesens — geschlossener Vertrag als Dienst- (Werk-) oder als Kaufvertrag bei der Gebührenbewertung zu erachten sei. Die vom ObLG. für die Beurteilung jenes Vertrags als eines (verschleierten) Kaufvertrags gemachten Ausführungen sind für den vorwürfigen Fall bei der großen Aehnlichkeit der beiden Fälle sehr wohl zu verwerten, wenn dort auch nur eine Gebührenfrage zu entscheiden war. Der Vertrag vom 27. Dezember 1911 stimmt zum Teil wörtlich mit dem Vertrag vom 20. Oktober 1910 überein. So wurde in Nr. I des Vertrags vom 27. Dezember 1911 vereinbart: ‚Die Ehegatten M. beauftragen und ermächtigen Herrn K., den in der Steuergemeinde Reichenbach und in der Flur Lehesten gelegenen Grundbesitz, nämlich . . . . im ganzen oder parzellenweise zu veräußern und zu vertauschen und die eingetauschten Objekte wieder weiter zu veräußern. Zu diesem Zweck erteilen die Ehegatten M. dem Herrn K. die Rechte eines Generalbevollmächtigten. Der Genannte soll insbesonders ermächtigt sein, die Vertragsbestimmungen festzusetzen, die Auflassung entgegenzunehmen und zu beantragen, über Kauf- und Tauschpreise zu quittieren, dieselben abzutreten, sowie ganz oder teilweise zur Löschung zu bewilligen und zu beantragen; alle Einzelheiten der betreffenden Kauf- oder Tauschverträge bleiben dem Ermessen des Bevollmächtigten vorbehalten.‘ In Nr. II wird ‚dieser Auftrag und diese Vollmacht . . . . seitens der Ehegatten M. in durchaus unwiderruflicher Weise erteilt‘. Die völlig gleichen Bestimmungen finden sich in den Nr. 1 und 2 des Vertrags vom 20. Oktober 1910. Die Eheleute M. hatten, wie K. selbst erklärt, von Anfang an keine andere Absicht als ihr Anwesen ihm zu verkaufen. Sicherlich geht die Annahme nicht fehl, daß auch K. gerne den für ihn bequemeren Weg des festen Kaufes gewählt und dies auch vertragsmäßig ausgedrückt hätte, wenn ihm nicht das gesetzliche Vorkaufsrecht des Darlehenkassenvereins und der Gemeinde störend und hindernd im Weg gestanden wäre. Nun galt es, einen Ausweg zu finden. Man gab dem mit den Eigentümern des zu veräußernden Anwesens zu schließenden Vertrag den Namen eines Dienst- oder Werkvertrags, nahm aber in ihn Bestimmungen auf, wie sie bei reeller Handlungsweise einzig und allein bei Abschluß eines festen Kaufes getroffen zu werden pflegen. Es blieb dann bei der Absicht des Güterhändlers, in Wahrheit einen Kaufvertrag zu schließen, und der Anwesenseigentümer brauchte in seiner von Anfang an gehabten

Absicht, zu verkaufen, gar nicht umgestimmt zu werden. Unter der Maske eines Dienstvertrags wurde ein Kaufvertrag geschlossen, der dem K. weitestgehende Verfügungsgewalt, ja unbeschränkte Eigentümerrechte über die Vertragsobjekte einräumte. Solcher Art sind die Rechte, wie sie dem K. durch den Vertrag in unwiderruflicher Weise übertragen wurden. Daß K. in Wahrheit einen Kaufvertrag abschließen und durch die Art der Bezeichnung des Vertrags nur die nach dem GZG. bestehenden Vorkaufsrechte beseitigen wollte, geht, abgesehen von den Vertragsbestimmungen, schon daraus hervor, daß er erklärt, er habe den Vertrag so wie geschehen abgeschlossen, um eine Lücke des Gesetzes auszunützen. Einige von denen des Vertrags vom 27. Dezember 1911 abweichende Bestimmungen des Vertrags vom 28. Oktober 1910 ändern an der rechtlichen Natur des ersteren Vertrags nichts. Es ist bei ihm nur für den Güterhändler die Möglichkeit geringer, einen besonders hohen Gewinn zu erzielen. Der Kaufpreis ist beim Vertrag genügend bestimmt. Auch die sonstigen gesetzlichen Erfordernisse eines Kaufgeschäftes sind gegeben. K. legt Gewicht darauf, daß er wegen der Bestimmungen des GZG. sich geweigert habe, einen Kaufvertrag abzuschließen. Dieses scheinbare Sträuben war eben erforderlich, um den doch gewollten Kaufvertrag zu verschleiern. Nach dem oberstlandesgerichtlichen Beschlusse vom 8. Mai 1911 hatte der Güterhändler G. brieflich mit Emphase erklärt, daß er sich unter keinen Umständen herbeilassen werde, einen Kaufvertrag abzuschließen. Dies hat das LG. und das ObLG. nicht abgehalten, in dem von G. und E. mit B. später abgeschlossenen Vertrag doch einen Kaufvertrag zu erblicken. So liegt die Sache auch hier für das OLG.

Durch die Vereinbarungen, wie sie insbesondere unter Nr. I des Vertrags getroffen sind, werden die Eheleute M. völlig mit gebundenen Händen dem K. ausgeliefert. Die dem Güterhändler dort eingeräumten Befugnisse sind nicht mehr Rechte, wie sie einem Bevollmächtigten übertragen zu werden pflegen, sondern Rechte, wie sie nur der Eigentümer hat. In einer beachtenswerten Nachschrift, welche der in der Bay. ZfR. 1911 S. 303 ff. enthaltenen Abhandlung vom Herausgeber der Zeitschrift beigefügt ist, wird u. a. gesagt: ‚Es ist zuzugeben, daß ein Vertrag über die Erteilung einer Vollmacht zu einem Kaufvertrag nicht deshalb allein ein nichtiger Scheinvertrag ist, weil .... der Bevollmächtigte und der Auftraggeber im inneren Verhältnis Vereinbarungen getroffen haben, die nach ihrer Wirkung auf einen Kaufvertrag zwischen ihnen hinauslaufen können ..... Anders liegt die Sache, wenn der Inhalt des Vollmachtsvertrags selbst so gestaltet ist, daß jeder Einfluß des Auftraggebers auf die weitere Gestaltung der Rechtsverhältnisse ausgeschaltet und so der Bevollmächtige sofort tatsächlich in die Rechtsstellung eines Käufers versetzt wird ..... Dann liegt eben in der so ausgedehnten Vollmachtserteilung selbst in Wahrheit schon der Kaufvertrag und daran kann auch durch die Bezeichnung des Vertrags nichts geändert werden, man hat es mit einem sog. verdeckten Rechtsgeschäft zu tun. Mit Recht hat das ObLG. in einem solchen Fall den angeblichen Vollmachtsvertrag als einen Kaufvertrag behandelt — vgl. die Entscheidung auf S. 315 dieser Nummer — und damit den Weg gezeigt, auf dem den Versuchen einer Umgehung des GZG. wirksam entgegengetreten werden kann.‘

Aus allen diesen Gründen ist das Berufungsgericht überzeugt, daß K. und die Eheleute M. bei Abschluß des Vertrags vom 27. Dezember 1911 in Wahrheit einen Kaufvertrag zu schließen beabsichtigten und nur auf Veranlassung und im Interesse des K. den Vertrag zum Schein als Dienstvertrag tauften.

K. beruft sich auch darauf, daß die Bestimmungen des GZG. sich nur auf die in Bayern, nicht auf die in Meiningen gelegenen M.schen Grundstücke beziehen könnten. Ist aber der Vertrag ein Scheinvertrag, so ist dies der gesamte, ein einheitliches Ganze bildende Vertrag.

Der Kläger gibt zu, den Vertrag so geschlossen zu haben, um damit eine Lücke des Gesetzes auszunützen. Ein solches Verhalten verstößt gegen Treu und Glauben und es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Lücke im Gesetz absichtlich gelassen habe, damit sie ausgenützt werde. (S. a. BayNotZ. 13, 145). Einem Anwesenseigentümer muß es selbstverständlich freistehen, sein Anwesen durch einen Bevollmächtigten veräußern zu lassen, und dieses Recht steht dem Eigentümer auch dann zu, wenn er sich einen gewerbsmäßigen Güterhändler zum Bevollmächtigten wählt. Dann dürfen aber dem Güterhändler nur solche Rechte übertragen werden, wie sie einem Bevollmächtigten in der Regel eingeräumt zu werden pflegen. Läßt sich aber der Güterhändler so weitgehende Rechte einräumen, daß er einem Käufer des Anwesens gleichsteht und erfolgt diese Einräumung noch dazu in der vom Güterhändler offen ausgesprochenen Absicht der „Ausnützung“ einer Lücke des Gesetzes, so geschieht dies in fraudem legis und ist unsittlich, selbst wenn auf seiten des Anwesenseigentümers keine gegen die guten Sitten verstoßende Absicht angenommen werden sollte. Ist der Vertrag nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig, dann ist er es gemäß § 139 a. a. O. auch bezüglich der beiden in Meiningen gelegenen Plannummern. Aus dem nichtigen Vertrag kann Kläger kein Recht ableiten."

Mit Rücksicht auf den zur Verfügung stehenden Raum mußte sich der Einsender darauf beschränken, die Entscheidungsgründe der auseinandergehenden Urteile des LG. und des OLG. auszugsweise mitzuteilen. Am Schluß der Abhandlung in der BayZfR. 1911 S. 303 ff. ist der Wunsch ausgesprochen, es möchten etwa noch weiter zu der Frage der rechtlichen Natur solcher Vollmachtsverträge vorliegende Entscheidungen bekannt gegeben werden. Der Wunsch wird sich wohl auch auf die Bekanntgabe erst noch ergehender einschlägiger Entscheidungen erstrecken lassen. Der jetzt mitgeteilte Fall unterscheidet sich in einigen Punkten von dem im oberstlandesgerichtlichen Beschluß vom 8. Mai 1911 behandelten Fall. So fehlen in dem Vertrag vom 27. Dezember 1911 die Bestimmungen, daß der Bevollmächtigte eine aus dem Erlöse prozentual zu berechnende Vergütung für die Zertrümmerung bezieht, dann daß dem Bevollmächtigten unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. das Recht eingeräumt wird, die gestundeten Kaufpreise an sich selbst zu übertragen.

Das oberlandesgerichtliche Urteil vom 28. April 1914 wird voraussichtlich mit Revision angegriffen werden.

Die zu entscheidende Frage ist volkswirtschaftlich von großer Bedeutung. In der Entschließung des Staatsministeriums des Innern vom 5. Februar 1911 finden sich die Sätze: „Die Distriktsverwaltungsbehörden sind anzuweisen, diesen Umgehungsversuchen ihr Augenmerk zuzuwenden und ihnen soweit möglich mit Nachdruck entgegenzutreten. Vor allem wird es sich empfehlen, eine gerichtliche Entscheidung über die rechtliche Natur der erwähnten Vollmachtsverträge herbeizuführen.“ Eine grundsätzliche Entscheidung in der Frage, in der die Ansichten sehr wohl auseinandergehen können, wäre ja erwünscht, wird aber schwer zu erlangen sein. Denn in dem vielerwähnten oberstlandesgerichtlichen Beschluß vom 8. Mai 1911 ist schon gesagt: „Die Frage, was die Parteien gewollt und erklärt haben, bemißt sich von Fall zu Fall.“ Die Vollmachtsverträge scheinen — mit einigen Abän-

derungen im einzelnen Fall — nach einer einheitlichen Schablone hergestellt zu werden. Eine Gesetzesumgehung wird bei ihnen wohl stets beabsichtigt sein. Es fragt sich nur, ob der Satz: „Wo das Gesetz eine Lücke gelassen hat, darf sie auch ausgenützt werden" auf allgemeine Gültigkeit Anspruch erheben kann und ob nicht im einzelnen Fall unter einem Vollmachts- oder Dienstvertrag sich ein Kaufvertrag versteckt. Wo letzteres oder wo Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen ist, werden es selbstverständlich die Gerichte nicht daran fehlen lassen, ihrerseits den sicherlich nicht wünschenswerten Umgehungen des GZG. entgegenzutreten. Daß der reelle Güterhandel nicht geschädigt werden soll und darf, kann gleichfalls als selbstverständlich bezeichnet werden.

Oberlandesgerichtsrat Gechter in Bamberg.

Zulässigkeit der Widerklage trotz Unzulässigkeit der Aufrechnung? In Nr. 10/1914 dieser Zeitschrift (S. 204) behandelt Rechtsanwalt Dr. Berlin in Nürnberg die Frage der Zulässigkeit einer Widerklage bezüglich einer Gegenforderung, die gegen eine an sich nicht bestrittene Klageforderung nicht aufgerechnet werden darf, und kommt zu dem Schlusse, daß in einem solchen Falle die Widerklage unzulässig ist. Diese Ausführungen dürfen nicht unwidersprochen bleiben, weil sie m. E. in ihrer Begründung wie in ihrem Ergebnisse nicht das Richtige treffen.

Die Erörterungen gehen zunächst daran vorüber, daß die Widerklage in solchen Fällen wohl stets in Verbindung mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes (§ 273 BGB.) auftritt. Ja man wird sagen dürfen, daß überhaupt bei ausgeschlossener Aufrechnung und rechtlichem Zusammenhang von Forderung und Gegenforderung wohl die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes das Näherliegende und auch das Häufigere ist, und daß in der Regel nur bei besonderem Interesse auch noch zur Widerklage geschritten wird. Nun weiß ich allerdings, daß man verschiedentlich dazu neigt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes bei Ausschluß der Aufrechnung überhaupt nicht zuzulassen. Ich werde noch auf diese nach meinem Dafürhalten unrichtige Auffassung zu sprechen kommen. Wenn sich Klage und Widerklage einfach so gegenüberstünden, wie es Berlin darstellt,[1]) ohne das durch das Zurückbehaltungsrecht bedingte Verlangen einer Zug-um-Zug-Leistung (§ 274 BGB.), dann wäre ja bei der an sich unbestrittenen Klageforderung infolge des § 301 ZPO. die Klagepartei sehr bald vor der Widerklagepartei im Besitze ihres Vollstreckungtitels, so daß auch die äußere Aehnlichkeit mit der Aufrechnung entfiele. Das Zurückbehaltungsrecht muß also bei der von Berlin angeschnittenen Frage notwendig mit berücksichtigt werden.

Bedenklich ist vor allem, daß Berlin auch dann kein Rechtsschutzbedürfnis des Beklagten für die Erhebung einer Widerklage annimmt, wenn die Aufrechnung unzulässig ist. Denn die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes allein unterbricht ja nicht die Verjährung, wie die prozessuale Aufrechnung. Der Beklagte muß also Klage oder Widerlage erheben, um seine Gegenforderung nicht verjähren zu lassen. Da wohl einen der häufigsten Fälle des Ausschlusses der Aufrechnung der Mietvertrag bildet, so ist bei der kurzen Frist des § 558 BGB. das Interesse an einer Unterbrechung der Verjährung in solchen Fällen meist sehr groß. Daß sich der Beklagte durch die Erhebung der Widerklage vor der Verjährung schützt, hat Berlin außer acht gelassen. Es ist aber kein Grund einzusehen, warum der Beklagte zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung einen eigenen Rechtsstreit anfangen soll, während die Widerklage infolge der Gebühren- und Streitwertstaffelung beiderseits billiger kommt.

Für den Fall, daß die Widerklage unbegründet ist, sieht Berlin selbst keine Unzuträglichkeiten aus der Zulassung der Widerklage entstehen, wohl aber für den Fall, daß sie begründet ist. Diese Unzuträglichkeiten bestehen aber gar nicht. Wenn Berlin in seinem ersten hierbei angeführten Beispiel meint, der Beklagte erhielte gegebenenfalls durch Abweisung der Klage und Zuerkennung der Widerklageforderung mehr als er begehrt habe, so ist das kein begründeter Einwand. Das von Berlin konstruierte Ergebnis der Klageabweisung bei unbestrittenen Klagebehauptungen kann nur eintreten, wenn sich die Grundlosigkeit der Klageforderung aus den unbestrittenen Klagebehauptungen selbst schon ergibt. In solchen Fällen wird aber der Kläger selbst beim Ausbleiben des Beklagten mit seiner Klage abgewiesen (§ 331 Abs. 2 ZPO.). Das wäre dann schließlich auch ein Hinausgehen des Gerichts über das Begehren des Beklagten, der eben gar nichts begehrt hat und die Schuld vielleicht selbst für bestehend hält. — Eine Klage, die durch die nicht bestrittenen Klagebehauptungen getragen wird, wird eben nicht abgewiesen, und darum bestehen die von Berlin gesehenen Schwierigkeiten gar nicht.

Wenn sowohl die Klage, wie auch die Widerklage begründet ist, stößt sich Berlin an dem Erfolg, der dem der Aufrechnung gleich sei. Daß bei Erhebung der Widerklage (und Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts!) das Urteil jedem Teile z. B. 100 *M* Zug um Zug gegen Zahlung von 100 *M* zuspricht, kommt allerdings im Endergebnis den wirtschaftlichen Folgen der Aufrechnung nahe. Darum sind aber Zurückbehaltungsrecht und Widerklage mit der Aufrechnung doch noch nicht gleichbedeutend! Vielmehr liegen hier grundverschiedene Rechtsbehelfe vor, die nur ähnliche oder gleiche Folgen haben. Die Auffassung des RG. in den Entscheidungen bei Warneyer 1908, ErgBd. S. 440 und in der Entsch. RGZ. 83, 138 verwechselt die Gleichheit des Erfolges mit der Gleichheit des Mittels. Die Ausschließung der Aufrechnung fälliger Geldforderungen gegeneinander ist eben an sich etwas Ungewöhnliches, eigentlich Sinnwidriges. Darum ist es gar nicht verwunderlich, wenn schließlich doch wieder die wirtschaftliche Logik in Erscheinung tritt, daß sich fällige Geldforderungen zweier Personen gegeneinander aufheben. M. E. ist nur der folgende Schluß berechtigt, den aber das RG. nicht gezogen hat: Wer will, daß seine Forderung von jeder Gegenforderung seines Schuldners unabhängig und unberührt bleiben soll, der möge eben nicht nur die Aufrechnung, sondern auch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. ausschließen, was ebenso rechtlich zulässig ist; das gilt für den Gesetzgeber ebenso wie für den

[1]) Der Zug-um-Zug-Leistung nach § 322 BGB. kommt hier, wo es sich beiderseits um fällige Geldforderungen handelt, nicht in Betracht. Auch die Fälle der §§ 348 und 467 BGB. werden praktisch hier kaum in Frage kommen.

Vertragschließenden. Nur deswegen aber, weil man wirtschaftlich mit der Ausschließung der Aufrechnung allein den erstrebten Zweck nicht völlig erreicht, in die Ausschließung der Aufrechnung noch die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts und gar auch der Widerklage hineinzulegen, geht durchaus nicht an. Wer einen gewissen Zweck erreichen will, muß eben die geeigneten Mittel dazu ergreifen; wenn er das nicht tut, trotzdem das geeignete Mittel billig zur Verfügung steht, ist durchaus kein Anlaß gegeben, durch so gewaltsame Auslegungen helfend einem gar nicht Hilfsbedürftigen unter die Arme zu greifen.[3])

Schließt also der Gläubiger außer der Aufrechnung auch ausdrücklich das Zurückbehaltungsrecht aus, dann wird das Berlin mißfallende Urteil mit der Zug-um-Zugleistung von Geldbeträgen trotz der Erhebung der Widerklage gar nicht mehr vorkommen, wenn, wie Berlin ja stets voraussetzt, die die Klage tragenden Behauptungen unwidersprochen bleiben. Denn dann wird der Kläger schon im ersten Termin sein Teilurteil nach § 301 ZPO. bekommen, während Wochen und Monate vergehen können, bis der Widerkläger einen Vollstreckungstitel erhält.

Unzulänglich sind die Beweisgründe, die Berlin unter Nr. 4 für seine Ansicht ins Feld führt. Denn wenn man nach seiner Ansicht die Widerklage für unzulässig erklärt, zwingt man den Beklagten doch nur, seine Gegenforderung in einem eigenen Rechtsstreit anhängig zu machen. Dann sind die Kosten doch noch höher.

Was die Möglichkeit der Revision anlangt, so ist das kein Beweisgrund gegen die Zulassung der Widerklage. Die dritte Instanz ist doch eine Wohltat, die den kleineren Forderungen aus hier nicht zu erörternden Gründen mehr und mehr verkürzt wurde. Wenn nun die Erhebung der Widerklage der an sich zu kleinen Forderung diese Wohltat unter Umständen wieder verschafft, so ist das doch kein Grund gegen die Zulassung, auch wenn die Revision nur gegen, nicht für den Kläger möglich wird.

Uebrigens wird bei unwidersprochenen Klagebehauptungen die dritte Instanz dem Kläger kaum nehmen, was ihm die beiden anderen Instanzen zusprachen.

Auch die Kostenentscheidung kann die Zulassung der Widerklage nicht als unrichtig erscheinen lassen. Wenn jemand einmal in die Ausschließung der Aufrechnung gewilligt hat, so kann er eben auch im Prozeß nicht aufrechnen; darüber muß er sich von Anfang an klar sein. Uebrig bleibt ihm nur die Erhebung der Klage oder der Widerklage, falls er die Verjährung seiner Forderung unterbrechen und sie beitreiben will. Die Widerklage verursacht aber bei Kostenaufhebung beiderseits weniger Kosten, als wenn jede Partei in dem einen der andernfalls notwendigen zwei Prozesse ganz kostenfällig würde.

Die Ansicht Berlins ist also abzulehnen. Es ist daran festzuhalten, daß der Ausschluß der Aufrechnung auch bei fälligen Geldforderungen weder das Zurückbehaltungsrecht noch die Widerklage ausschließt. Wer seinen Zweck besser erreichen will, möge außer der Aufrechnung auch das Zurückbehaltungsrecht ausschließen. Solchenfalls wird ihm im Hinblick auf § 301 ZPO. bei unbestrittener Klageforderung auch eine Widerklage seine Zirkel nicht stören können.

Rechtsanwalt Dr. Fürnrohr in München.

[3]) Vgl. hierzu auch die neue Entscheidung des OLG. Hamburg in Fuchsbergers Kartothekausgabe § 273 Nr. 6.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Bürgschaft gegenüber einer Firma. Aus den Gründen: Nach § 17 HGB. ist die Firma eines Kaufmanns der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt, unter dem er auch klagen und verklagt werden kann. Einem Namen gegenüber kann man keine Bürgschaftsverpflichtung eingehen; nur die hinter dem Namen stehende Einzelperson kann Gläubiger und Träger eines Rechtes sein. Die Bürgschaft, die der Firma eines Kaufmanns gegenüber erklärt wird, wird deshalb diesem Kaufmann selbst erklärt. Wird das Handelsgeschäft an einen Dritten veräußert und von diesem unter der bisherigen Firma fortgeführt (§§ 22, 23 HGB.), so ist die Firma nunmehr der Name einer anderen Person geworden; diese hat das Recht erworben, sich eines bisher einem anderen zustehenden Namens zu bedienen; die dem früheren Inhaber erklärte Bürgschaft geht den Erwerber der Firma nichts an. Ist das Handelsgeschäft mit Forderungen und Verbindlichkeiten auf den Erwerber übergegangen (§ 25 HGB.), so gehen zwar die Bürgschaftsansprüche über, die für bereits entstandene Hauptforderungen des früheren Geschäftsinhabers schon begründet waren (§§ 401, 412 BGB.). Aber die bloße Bürgschaftsverpflichtung für künftige, noch nicht entstandene Forderungen, wie sie in einer Kreditbürgschaft übernommen wird, geht an sich auf den Erwerber des Handelsgeschäfts nicht über; das bloße Kreditversprechen begründet noch keine Hauptforderung und dementsprechend die Bürgschaftserklärung, die in bezug auf ein solches abgegeben wird, auch noch keinen Anspruch aus der Bürgschaft. Wird das Kreditverhältnis zwischen dem seitherigen Kreditschuldner und dem neuen Firmeninhaber fortgesetzt, so liegt vom Rechtsstandpunkt aus gleichwohl eine neue Kreditverbindung zwischen anderen Personen vor, die Forderungen für einen anderen Gläubiger begründet. Hier sind unstreitig alle die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, für die die Beklagte als Bürgin in Anspruch genommen wird, aus diesem neuen Kreditverhältnis gegenüber den neuen Geschäfts- und Firmeninhabern entstanden; dafür haftet die Beklagte aus der dem früheren Inhaber erklärten Bürgschaft daher an sich nicht.

Das OLG. hat nicht verkannt, daß eine Bürgschaft für künftige Forderungen auch so eingegangen werden kann, daß sie nicht nur dem derzeitigen Geschäftsinhaber gegenüber gelten soll, sondern auch einem Geschäftsnachfolger gegenüber, der die Firma fortführt und die Kreditverbindung mit dem Hauptschuldner fortsetzt. Dann wird mit der Entstehung der Hauptverbindlichkeit für den Geschäftsnachfolger auch die Haftung des Bürgen aus der eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung ausgelöst. Ob der Wille des Bürgen bei Abgabe der Bürgschaftserklärung dahin gegangen ist und auch in der Bürgschaftserklärung erkennbaren Ausdruck gefunden hat, ist Sache der Auslegung, die, wenn die Bürgschaftsurkunde selbst die Frage nicht zweifelsfrei beantwortet, aus begleitenden Umständen zu gewinnen

ist, als welche auch spätere Handlungen und Erklärungen in Betracht kommen können, die einen Rückschluß auf den Sinn der früher abgegebenen Bürgschaftserklärung gestatten. Eine Rechtsvermutung besteht für eine solche Erstreckung der Bürgschaft über die Person des derzeitigen Firmeninhabers hinaus nicht; eine tatsächliche kann nach Lage des einzelnen Falles begründet sein, wenn Umstände vorliegen, die zunächst die Annahme eines auf diese Erweiterung der Bürgschaftsverpflichtung gerichteten Vertragswillens als wahrscheinlich ergeben, so wenn bei Abgabe der Bürgschaftserklärung ein Wechsel des Geschäfts- und Firmeninhabers bereits in Aussicht stand und dies dem Bürgen bekannt war. Als ein Beweisumstand für die Erstreckung der Bürgschaft auf die Forderungen eines späteren Firmeninhabers kann auch in Betracht gezogen werden, ob die Bürgschaftsverpflichtung auf Ansuchen des Gläubigers oder im Auftrage und zugunsten des Schuldners eingegangen wird, so daß für den Bürgen gegenüber dem Zwecke, dem letzteren zu helfen, die Person des Gläubigers in den Hintergrund tritt, dies zumal dann, wenn die Bürgschaft in bestimmt begrenzter Höhe erklärt wird. Einen wesentlichen Beweisgrund für die Annahme einer auf den Geschäftsnachfolger übergehenden Berechtigung aus der Bürgschaft im Wege des Rückschlusses aus späteren Vorgängen kann es abgeben, wenn der Bürge in bezug auf seine Bürgschaft mit dem späteren Geschäftsinhaber in Kenntnis des Wechsels in Verhandlungen getreten ist oder nach Erlangung dieser Kenntnis unter Umständen geschwiegen hat, wo er hätte reden und den Geschäftsnachfolger wie den Hauptschuldner aufklären müssen (vgl. Bolze, Praxis des RG. Bd. 5 Nr. 714). (Urt. d. VI. ZS. v. 19. März 1914, VI 31/14). ——— n.

3369

II.

Anwendbarkeit des § 26 GewO. auf Anlagen, die vor dem Inkrafttreten der GewO. obrigkeitlich genehmigt worden sind. Aus den Gründen: § 26 GewO. enthält, soweit er eine Klage auf Einstellung des Gewerbebetriebs für unzulässig erklärt und statt dessen nur eine Klage auf Schadloshaltung gewährt, eine Schutzvorschrift zugunsten obrigkeitlich genehmigter gewerblicher Anlagen. Mit Recht nimmt das BG. an, daß diese Vorschrift auch auf die Knochenkocherei des Beklagten anzuwenden sei, wiewohl sie schon im Jahre 1862 vor dem Inkrafttreten der GewO. obrigkeitlich genehmigt worden ist. Denn § 26 spricht allgemein von obrigkeitlich genehmigten gewerblichen Anlagen. Unter diesen sind auch gewerbliche Anlagen, die vor dem Inkrafttreten der GewO. obrigkeitlich genehmigt worden sind, jedenfalls dann zu verstehen, wenn die Anlagen zu denjenigen gehören, die auch nach § 16 GewO. der behördlichen Genehmigung bedürfen, und nach Vorschriften genehmigt worden sind, die im wesentlichen mit den Genehmigungsvorschriften übereinstimmen (vgl. RGZ. 19 358). (Urt. d. V. ZS. v. 22. April 1914, V 559/13). ——— n.

3365

III.

Aufstellung gefährlicher Anlagen. Aus den Gründen: Das BG. geht fehl, soweit es den vom Reichsgericht häufig ausgesprochenen Grundsatz anwendet, daß gefährliche Maschinen und Anlagen an Orten, die Kindern und jugendlichen Personen zugänglich sind, verwahrt werden müssen. Unter solchen Orten sind nur die zu verstehen, wo Kinder sich aufzuhalten oder zu spielen pflegen, oder die sie von diesen Plätzen aus ohne weiteres betreten können. Eine bloße auszudenkende Möglichkeit, daß ein Kind an einen Ort gelangen kann, macht ihn noch nicht zu einem für Kinder zugänglichen i. S. jenes Grundsatzes. Deshalb kann von einer derartigen Zugänglichkeit bei einer Anlage keine Rede sein, die sich in der hintersten Ecke eines dunkeln Kellers befindet, in dem Kinder nicht verkehren und nichts zu suchen haben. (Urt. d. VI. ZS. v. 18. April 1914, VI 55/14). ——— n.

3364

B. Strafsachen.

I.

§ 267 StGB. setzt den Willen voraus, auf den Rechtsverkehr einzuwirken. Aus den Gründen zweier Entscheidungen: 1. Der Angeklagte hat die gefälschten Zeugnisse gebraucht, um seiner Frau zu beweisen, daß ihm wirklich solche Ansprüche zustünden, wie er sie ihr vorgelogen hatte, um sie zur Eingehung der Ehe zu bestimmen; er wollte sie über die Bedenken beruhigen, die ihr gegen die Richtigkeit seiner Angaben aufgestiegen waren. Wenn darnach auch die Urkunden angefertigt und gebraucht worden sind, um damit Beweis zu erbringen, so ist doch nicht ersichtlich, daß diese Beweisführung im rechtlichen Verkehr stattfinden, daß damit auf das Rechtsleben ein Einfluß geübt werden sollte. Ist der Endzweck des Angeklagten gewesen, seine Frau zu beruhigen, hat er lediglich auf ihr Gemüt einwirken wollen, um den häuslichen Frieden zu retten oder wiederherzustellen, nicht aber, um sie zu rechtlich erheblichen Entschließungen zu veranlassen, so hat er eine rechtswidrige Absicht nicht verfolgt. (Urt. des I. StS. vom 22. Dez. 1913 1 D 1905/13).

2. Die Angeklagte hat von dem verfälschten Briefe, in dem dem K. Brandstiftung usw. nachgesagt wird, zu Täuschungszwecken nur in der Weise Gebrauch gemacht, daß sie den Brief mehreren Personen vorlas und ihn einer Person zum eignen Durchlesen gab. Sie wollte damit dartun, „was die K . . s für schlechte Leute sind". Außerdem rühmte sie sich, sie habe die Herausgabe des Briefes an die Frau K. verweigert. Damit hat also die Angeklagte lediglich Nachteiliges über das K . . sche Ehepaar verbreiten und sich als die Besitzerin eines in dieser Hinsicht wichtigen Beweisstückes hinstellen wollen. Dagegen lag ihr völlig fern, irgend einen Einfluß auf rechtliche Vorgänge zu gewinnen. (Urt. des I. StS. vom 2. Februar 1914, 1 D 1094/13).

3379 E.

II.

Anrechnung der Untersuchungshaft (§ 60 StGB.) bei Bildung einer Gesamtstrafe nach § 79 StGB. Aus den Gründen: Die Anwendung des § 60 StGB. erfordert, daß die Untersuchungshaft in dem Verfahren erlitten ist, in dem das den § 60 anwendende Urteil ergeht. Wenn gemäß § 79 StGB. auf eine Gesamtstrafe zu erkennen ist, so tritt damit nicht eine Verbindung des früheren Verfahrens mit dem neuen Verfahren ein, die dazu berechtigen würde, die in dem neuen Verfahren erlittene Untersuchungshaft unter allen Umständen unbeschränkt auf die Gesamtstrafe anzurechnen, die unter Heranziehung der in dem früheren Verfahren erkannten Strafe zu bilden ist; vielmehr ist in solchem Falle die Anrechnung nur auf den der zweiten Verurteilung entsprechenden verhältnismäßigen Teil der Gesamtstrafe zulässig. Dies ist in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung wiederholt anerkannt worden und es besteht kein Grund, davon abzugehen (Entsch. Bd. 41 S. 318; GoltdArch. Bd. 52 S. 398). Der Meinung der staatsanwaltschaftlichen Revision, daß die Anrechnung nur zulässig sein könne, soweit die Gesamtstrafe die frühere, bereits rechtskräftig gewordene Strafe übersteige, kann nicht beigetreten werden. Das widerspräche dem Gesetze, das die Gesamtstrafe nicht durch einen selbständigen Zusatz zu der früheren Strafe gebildet wissen will, und würde auch zu verschiedenen Ergebnissen führen, je nachdem

die Einzelstrafe, durch deren Erhöhung die Gesamtstrafe zu bilden ist, im früheren oder späteren Verfahren erkannt wäre, was keinesfalls im Sinne des Gesetzes gelegen sein könnte. (Urt. des I. StS. vom 26. Februar 1914, 1 D 98/14). E.

3380

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Unter welchen Voraussetzungen kann ein handelsgeschäftliches Unternehmen in seine Firma die Bezeichnung als „Graphische Kunstanstalt" aufnehmen? (HGB. § 18). Der Kaufmann A. H. meldete beim Registergericht eine Firma „Graphische Kunstanstalt B. A. H." an. Die Eintragung erfolgte nach der Anmeldung. Gegen die Firma erhob die Handelskammer Einwendungen. Das Registergericht teilte dem A. H. mit, daß es die Firma von Amts wegen zu löschen beabsichtige, weil der Zusatz „Graphische Kunstanstalt" gegen § 18 Abs. 2 HGB. verstoße; denn H. betreibe keine graphische Kunstanstalt, sondern nur ein Vermittlungsbureau für Drucksachenbedarf. Widerspruch und Einspruch des H. wurden verworfen. Die Beschwerde blieb erfolglos. Auf weitere Beschwerde wurde der Beschluß des LG. aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Die Anschauungen der Sachverständigen darüber, wann ein handelsgeschäftliches Unternehmen als „Graphische Kunstanstalt" bezeichnet werden kann, sind nicht einhellig. Ein Teil hält daran fest, daß dem Unternehmen diese Bezeichnung nur zukomme, wenn es im eigenen Betriebe die Erzeugnisse herstellt; ein anderer Teil meint, daß eine eigene Druckerei nicht erforderlich sei, sondern es genüge, wenn der Unternehmer dem Kunstmaler oder Kunstphotographen gegenüber die leitenden Gedanken angebe und die für die Wiedergabe dienenden Vorlagen herstelle oder doch deren Herstellung überwache. Eine dritte Meinung geht dahin, daß zwar keine eigene Druckerei vorhanden sein müsse, daß es aber auch nicht genüge, wenn der Unternehmer nur die Aufträge entgegennehme und allenfalls auch die Entwürfe bereitstelle, daß er vielmehr mindestens die Grundlagen für die Wiedergabe, die Illustrationsstücke oder Platten (Aetzungen, Klischees) für den Hochdruck (Buchdruck) wie für den Flachdruck (Steindruck) im eigenen Geschäfte und durch die eigenen Angestellten herstellen müsse. Die letztere Auffassung ist zutreffend. Die Ausführung der Drucke durch die Druckerei fordert keine selbständige künstlerische Tätigkeit; sie ist nur ein technisches Hilfsmittel für die Vervielfältigung, die auch dritten Personen übertragen werden kann, ohne daß das Unternehmen die Eigenschaft einer Kunstanstalt verliert. Wenn auch mit größeren Kunstanstalten meist eine Druckerei verbunden ist, so liegt doch das Wesen der graphischen Künste nicht in der mechanischen Vervielfältigung, sondern in der Entfaltung der künstlerischen Tätigkeit, mit deren Hilfe das gezeichnete, gemalte oder geschriebene Werk vervielfältigt werden soll, m. a. W. in der Tätigkeit des Holzschneiders, Kupferstechers, Lithographen usw. Die wesentliche Bedeutung einer graphischen Kunstanstalt besteht hiernach darin, daß sie die künstlerischen und technischen Unterlagen für die Wiedergabe selbst schafft und das durch die Wiedergabe (Druck) gewonnene Ergebnis ihrer schaffenden Tätigkeit als eigenes Erzeugnis auf den Markt bringt oder sonst weiter verbreitet; der Druck selbst kann auch anderen Anstalten überlassen bleiben. (Beschl. des I. ZS. vom 18. April 1914, Reg. III Nr. 30/1914). M.

3375

II.

Unter welchen Voraussetzungen können vorläufige Maßregeln nach Art. 4 Abs. 2 ZwEG. angeordnet werden? Aus den Gründen: Die Anordnung vorläufiger Maßregeln nach Art. 4 Abs. 2 ZwEG. setzt allerdings nicht eine endgültige Feststellung der Tatsachen voraus, von deren Vorliegen die ZwE. abhängt. Es genügt vielmehr, ist aber auch erforderlich, daß die Erhebungen hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben haben, daß die Voraussetzungen zu einem Einschreiten nach Art. 1 ZwEG. gegeben sind und daß Gefahr auf Verzug besteht. Bis jetzt ist kein selbst für eine nur vorläufige Maßregel zureichender Nachweis für das Vorliegen der Voraussetzungen erbracht. Das Vormundschaftsgericht hat seine Entscheidung ausschließlich auf Grund der Mitteilungen der Schulbehörde und des Jugendfürsorgeverbandes getroffen. Dieses Verfahren wäre an sich nicht zu beanstanden, wenn es auch wenig zweckmäßig ist, daß eine so tief einschneidende Maßregel, wie die vorläufige Unterbringung verfügt wird, ohne daß die Beteiligten gehört wurden. Erforderlich wäre aber, daß aus jenen Mitteilungen jetzt schon der hinreichend sichere Schluß gezogen werden kann, daß die Voraussetzungen der ZwE. gegeben sind. Das ist jedoch nicht der Fall, denn weder in den Mitteilungen der Schulbehörde, noch in denen des Fürsorgeverbandes finden sich Tatsachen, die jenen Schluß zulassen würden. Daß die F. B. 1908 wegen nächtlichen Herumstreunens in Gasthäusern und wegen ungebührlichen Benehmens eine Arreststrafe erhalten hat, kann zur Begründung der Maßregel bei der Länge der verstrichenen Zeit um so weniger herangezogen werden, als sie in den beiden folgenden Schulklassen keinen Anlaß zu Tadel gegeben hat. Hinsichtlich der neueren Vorkommnisse sind aber die näheren Umstände nicht erhoben und es ist daher nicht möglich, zu prüfen, ob sie auf eine bereits begonnene sittliche Verwahrlosung zurückzuführen sind. Aus der Mitteilung der Schulbehörde ist nicht ersichtlich, in welchem Maße und unter welchen Umständen die Schulversäumnisse erfolgt sind; es ist auch nicht erhoben, unter welchen Umständen und zu welchem Zweck — mit oder ohne Begleitung, als Zuschauerin oder um zu tanzen — die F. B. Tanzmusiken besucht hat, es ist aber insbesondere bezüglich des aus der Karnevalszeit berichteten maskierten Herumstreunens nichts erhoben; die Angaben der Schulbehörde stützen sich nur auf die z. Z. nicht prüfbaren Angaben von Mitschülerinnen. Die Beweiskraft der ohnehin dürftigen Tatsachen kann also nicht geprüft werden; im übrigen aber enthalten die Mitteilungen der Schulbehörde und des Jugendfürsorgeverbandes nur Meinungsäußerungen, die für den Vormundschaftsrichter nicht ohne weiteres maßgebend sein können. (Beschl. des I. ZS. vom 20. März 1914, Reg. III Nr. 26/1914). M.

3374

III.

Zur Auslegung des § 1666 BGB. Die 1899 geborene A. K. ist die eheliche Tochter des Tischlers J. K. Als ihre Mutter 1900 gestorben war, wurde sie von Ch. H., einer Schwester ihres Vaters, in Pflege genommen und blieb dort bis zum Tod ihrer Tante (1910). Ch. H. hinterließ drei Töchter, die sich nun der A. K. annahmen. Z. Z. befindet sie sich bei der Tochter L. H. 1913 hat J. K. von L. H. die Herausgabe seines Kindes verlangt. L. H. hat beim Vormundschaftsgericht beantragt, dem J. K. die Fürsorge für die Person der A. K. zu entziehen. Das AG. hat diesem Antrage stattgegeben. Auf die Beschwerde des J. K. hat das LG. den Beschluß aufgehoben und den Antrag abgewiesen. Die weitere Beschwerde wurde verworfen.

Aus den Gründen: Das LG. geht davon aus, das Recht des Vaters auf sein Kind sei oberster Grund-

satz und es sei ein Eingriff nach § 1666 BGB. nur zulässig, wenn triftige Gründe vorliegen. Dagegen verweist die Beschwerdeführerin vergebens darauf, daß das Recht der Sorge für die Person des Kindes dem Vater nicht um seinetwillen, sondern um des Kindes willen gegeben sei. Daß das Fürsorgerecht des Vaters oberster Grundsatz für das Verhältnis des ehelichen Vaters zu seinem Kind ist, kann nach § 1627 BGB. nicht zweifelhaft sein. Allerdings ist es nicht unbeschränkt, findet vielmehr seine Grenzen da, wo überwiegende Interessen des Kindes entgegentreten und das ist nach § 1666 BGB. der Fall, wenn der Vater durch einen Mißbrauch des Fürsorgerechts, durch Vernachlässigung des Kindes usw. das geistige oder leibliche Wohl gefährdet. Mit Recht hat das LG. eine solche Gefährdung verneint. J. K. hat niemals ein ehrloses oder unsittliches Verhalten an den Tag gelegt. Aber auch eine Vernachlässigung hat das LG. mit Recht verneint. Allerdings hat J. K. sein Kind nach dem Tode seiner Frau der Mutter der Beschwerdeführerin überlassen, zu den Kosten, abgesehen von geringfügigen Gelegenheitsgeschenken, nie etwas beigetragen und, seitdem er nach A. verzogen ist, überhaupt wenig Teilnahme für das Kind gezeigt. Allein die Weggabe des Kindes, das weiblicher Pflege bedurfte, war durch die Verhältnisse geboten; das Kind war bei seinen nächsten Verwandten gut untergebracht und es wurde vom Vater niemals die Zahlung eines Kostgelds verlangt. Die weite Entfernung seines Wohnorts von M. und seine persönlichen Verhältnisse entschuldigen es, daß es zu keinem näheren persönlichen Verkehr gekommen ist. Von einer „Vernachlässigung“ kann also nicht gesprochen werden, jedenfalls nicht von einer schuldhaften, noch weniger davon, daß das geistige oder leibliche Wohl des Kindes hätte gefährdet werden können, da es sich ja in einer von den nächsten Angehörigen dem Vater selbst angebotenen und freiwillig geleisteten guten Pflege befunden hat.

Das LG. hat aber auch mit Recht verneint, daß die Geltendmachung des Fürsorgerechts ein Mißbrauch dieses Rechtes sei. Ein solcher könnte in dem Begehren des Vaters erblickt werden, wenn das Kind auch ferner noch in der häuslichen Gemeinschaft der Beschwerdeführerin bleiben könnte, wenn es also nur aus einer ihm lieb gewordenen Umgebung herausgerissen und gewaltsam in eine ihm fremde und verhaßte verpflanzt werden sollte. Allein darum handelt es sich nicht und deshalb ist die Bezugnahme auf den Beschluß des Senats vom 20. September 1912 (BayZfR. 1912 S. 314) verfehlt. Mit Recht hat das LG. ausgeführt, daß in der häuslichen Gemeinschaft der L. H. für die A. K. jetzt kein Platz mehr ist, daß sie dort keine geregelte Beschäftigung und nicht die Möglichkeit hat, sich in einem Erwerbszweig auszubilden, daß sie vielmehr in einem Dienstplatz oder in einer Lehrstelle untergebracht werden müßte. Sie muß sich also in neue Verhältnisse schicken und es ist viel natürlicher, daß sie zu ihrem Vater zurückkehrt, als daß sie bei fremden Leuten untergebracht wird. Deshalb kann auch der Weigerung der A. K., zu ihrem Vater zurückzukehren, keine Bedeutung beigemessen werden; sie kennt ihn allerdings bis jetzt nicht näher, er hat sich aber auch nie etwas gegen sie zuschulden kommen lassen. (Beschl. des I. ZS. vom 2. Mai 1914, Reg. III Nr. 43/1914). M.

3373

Landgericht Nürnberg.

ZPO. § 695. Vollstreckungsbefehl nach Zurücknahme des Widerspruchs? Der Schuldner hatte gegen einen Zahlungsbefehl rechtzeitig Widerspruch eingelegt. Im Termin wurde kontradiktorisch verhandelt und Beweiserhebung angeordnet. Vor der Beweisaufnahme erklärte der Beklagte in öffentlicher Sitzung, daß er den Widerspruch zurücknehme und die Pflicht zur Kostentragung anerkenne. Der Vertreter des Klägers, der erst im dritten Termin auftrat, beantragte Vollstreckungsbefehl, weil der Zahlungsbefehl nach Zurücknahme des Widerspruchs wieder in Kraft tritt. Das AG. hielt die Weigerung des Gerichtsschreibers, dem Antrag stattzugeben, für berechtigt und führte aus: Der Gesetzgeber sagt im § 695 ZPO. deutlich, daß das Mahnverfahren bei Widerspruch beendet sein soll. Das Gesetz selbst verordnet nichts über die Zurücknahme des Widerspruchs, während es sonst die Zurücknahme eines Rechtsmittels oder eines Einspruchs ausdrücklich zuläßt. Das Mahnverfahren sollte möglichst einfach gestaltet werden. Sobald es verwickelt zu werden droht, soll es in den Prozeß übergehen; daher auch die Bestimmung, daß der Zahlungsbefehl seine Kraft verliert, auch wenn nur gegen einen Teil Widerspruch erfolgt. Gegen die Zulässigkeit der Zurücknahme sprechen noch andere Gründe, die Gaupp-Stein § 695 Anm. 1 u. a. anscheinend außer acht gelassen hat. Der Vollstreckungsbefehl darf nur wegen der im Zahlungsbefehl enthaltenen Beträge erlassen werden. Es sind also nur die im „bisherigen“ Mahnverfahren erwachsenen Kosten aufzunehmen (§ 699) und die Kosten des Vollstreckungsbefehls selbst. Dagegen fehlt es an jedem Anhaltspunkt dafür, in welcher Form die Gerichts- und Anwaltskosten festgesetzt werden sollen, die nach der Erhebung des Widerspruchs bis zur Zurücknahme entstanden sind. Ein Urteil liegt nicht vor; ein solches aber müßte ergehen, wenn die Kosten festgesetzt werden sollen. Es müßte also eine Trennung des Verfahrens eintreten: bezüglich der Hauptsache, der Kosten des Zahlungsbefehls und des Vollstreckungsbefehls müßte Vollstreckungsbefehl erlassen werden, bezüglich der übrigen Kosten Urteil und Kostenfestsetzungsbeschluß. Das hat aber der Gesetzgeber keinesfalls gewollt. Mit dem Widerspruch ist das Mahnverfahren als solches abgeschlossen. Nimmt der Beklagte den Widerspruch zurück, d. h. erkennt er die Schuld an, dann kann der Kläger das Verfahren durch Anerkenntnisurteil, Vergleich oder, wenn die Zurücknahme vor dem Termin erfolgte und hier der Beklagte nicht erschien, durch Versäumnisurteil zu Ende führen. (Vgl. Zeitschr. f. D. JustizS. 1913, 180). Das LG. verwarf die Beschwerde.

Aus den Gründen: Der Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl kann nicht ohne weiteres gleich dem Einspruch gegen ein Versäumnisurteil behandelt werden. Der Einspruch setzt einen Vollstreckungstitel voraus; demzufolge bestimmt § 342 ZPO., daß durch den Einspruch der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand. Allein damit wird das Versäumnisurteil oder gem. § 700 ZPO. der Vollstreckungsbefehl nicht aus der Welt geschafft. Vielmehr ist der Vollstreckungstitel gem. § 343 ZPO. aufrecht zu erhalten, wenn sich der Einspruch als unbegründet erweist. Eine Folge davon ist auch die Vorschrift der §§ 346, 515 ZPO., wonach die Zurücknahme des Einspruchs den Verlust zur Folge hat und sohin der Vollstreckungstitel wieder in Kraft tritt, dessen Wirksamkeit durch den Einspruch nur aufgeschoben, aber nicht aufgehoben worden ist. Anders verhält es sich mit dem Zahlungsbefehl. Dieser ist nur ein Versuch, den Schuldner ohne mündliches Verfahren zur Befriedigung zu veranlassen. Stößt er auf Widerspruch, so verliert gem. §§ 695, 696 ZPO. der Zahlungsbefehl seine Kraft, das Mahnverfahren ist beendet und in das ordentliche Verfahren übergeleitet. Dieses kann aber nur nach den hiefür geltenden Vorschriften beendet werden. Die gegenteiligen Aeußerungen sowohl bei Gaupp-Stein und Seuffert als in SeuffBl. Bd. 76 S. 591 beruhen offenbar mehr auf sozialpolitischen als auf rechtlichen Erwägungen. Unerörtert mag bleiben, ob der Widerspruch nicht wenigstens vor der Terminsanberaumung zurückgenommen werden kann, da bis dahin Vorgänge des ordentlichen Verfahrens noch nicht

stattgefunden haben. Es ist auch nicht ersichtlich, ob nicht die gegenteilige Anschauung solche Fälle im Auge hat. Wenn aber das ordentliche Verfahren eingetreten und Beweiserhebung angeordnet war, kann es nicht im Belieben des Schuldners stehen, dieses Verfahren durch Zurücknahme des Widerspruchs zu beenden und den Gläubiger zu nötigen, einen Vollstreckungsbefehl gegen ihn zu erwirken, in den die im ordentlichen Verfahren erwachsenen Kosten nicht aufgenommen werden könnten, weil hier gem. § 699 ZPO. nur Kosten des Mahnverfahrens in Frage kommen. Um andere festzusetzen, bedürfte es eines im ordentlichen Verfahren zu erwirkenden Vollstreckungstitels, so daß in einer Sache zwei Vollstreckungstitel vorliegen würden, was ebenso unzulässig wäre wie eine Trennung des Verfahrens bezüglich der Hauptsache und der Kosten. Hiedurch würde das Verfahren nicht beschleunigt und verbilligt, sondern verlangsamt und verteuert. Hier sprechen also nicht einmal „sozialpolitische" Erwägungen für die gegenteilige Ansicht. (Beschl. vom 17. März 1914).
3368 M.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Gesetz vom 14. Mai 1914 zur Aenderung des Gesetzes über die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899 (veröffentlicht im RGBl. S. 121). Das Gesetz vom 4. Dezember 1899 traf keine genügende Vorsorge für den Ersatz eines abberufenen oder aus einem anderen Grunde weggefallenen Gläubigervertreters, der bei der Ausgabe der Schuldverschreibungen oder nach § 1189 BGB. bei der Hypothekerrichtung bestellt war. Das führte zu Schwierigkeiten, besonders deshalb, weil die Rechtsprechung dann, wenn bei der Bestellung des Vertreters für die Nachfolge keine Bestimmung getroffen war, die Beschlußfassung der Gläubigerversammlung nicht für genügend erklärte, sondern die — praktisch kaum zu erlangende — Einwilligung sämtlicher Besitzer von Schuldverschreibungen verlangte. Die Novelle schafft Abhilfe, indem sie der Gläubigerversammlung die Befugnis zur Bestellung eines neuen Vertreters gibt und zur Ergänzung gleichzeitig das Amtsgericht ermächtigt einen neuen Vertreter unter den gleichen Voraussetzungen zu bestellen, unter denen es bisher einen Vertreter nur abberufen konnte. Die Eintragung ins Grundbuch wird erleichtert; sie ist ohne Vorlegung aller Teilschuldverschreibungen möglich und kann vom AG. veranlaßt werden, wenn es aufstellt oder abruft. Ein Zusatz zum § 17 des Gesetzes erleichtert auch die Eintragung jener Vertreter ins Grundbuch, die an die Stelle von Gläubigervertretern des älteren Rechts treten.
3382

Verwaltung des Kirchenstiftungsvermögens. Die Kirchengemeindeordnung hat die Grundlagen für die Verwaltung des Ortskirchenvermögens und die Staatsaufsicht über diese Verwaltung neu geordnet. Die in Aussicht genommene allgemeine „Verwaltungsordnung" steht noch aus. Auf Grund des Art. 75 Abs. IV KGO. hat das Staatsministerium für Kirchen- und Schulangelegenheiten einstweilen die Zweifel entschieden, ob die älteren Vorschriften über die Notwendigkeit der aufsichtlichen Genehmigung zu den „Quittungen und Löschungsbewilligungen" bei der Rückzahlung von Hypothekkapitalien und zur Freischreibung der auf den Namen gestellten Schuldverschreibungen (Bek. v. 17. Mai 1905 über die Anlegung von Geldern der Kultusstiftungen und Kirchengemeinden, JMBl. S. 717) noch gelten, und dabei diese Vorschriften geändert (Bek. v. 28. März 1914, abgedruckt im JMBl. S. 77). Die Kirchenverwaltungen (Presbyterien) bedürfen der Genehmigung nicht mehr. Ihre Quittungen und Löschungsbewilligungen und ihre Anträge auf Freischreibung unterliegen aber den erschwerten Formvorschriften des Art. 63 Abs. IX KGO. (Unterschrift des Vorstands und zweier Mitglieder und Amtssiegel). Die Genehmigung ist auch weiterhin notwendig für Ortskirchenvermögen, das unter gutsherrlicher oder sonstiger besonderer Verwaltung von Einzelpersonen steht. Ebenso bleibt das Erfordernis der Genehmigung für die Pfründestiftungen bestehen. Diese Vorschriften sind besonders für die Grundbuchämter von Bedeutung.
3360

Zur Statistik der Uebertretungen veröffentlicht die bayerische Justizverwaltung in der Zeitschrift des bayerischen statistischen Landesamts (Jahrgang 1914 Heft 2) eine Mitteilung, die auch als Sonderabdruck erschienen ist. Sie gibt eine Uebersicht über das Verhältnis der Verurteiltenzahl (nach der Statistik für 1912) zur Zahl der strafmündigen Bevölkerung (nach der Volkszählung von 1910) und zwar zunächst für die Verurteilungen wegen Uebertretungen überhaupt und daneben noch besonders für die Verurteilungen wegen Bettelns und Landstreicherei. Zur Veranschaulichung sind zwei farbige Tafeln beigefügt. Die Verhältniszahlen sind nach Landgerichtsbezirken berechnet. Das mag auf den ersten Blick etwas unzweckmäßig erscheinen; eine Berechnung nach Amtsgerichtsbezirken hätte eher ermöglicht, Beziehungen zu finden zu der Art des Bezirks und seiner Bevölkerung, als es jetzt bei der teilweise großen Verschiedenartigkeit der in einem Landgerichtsbezirk zusammengefaßten Gebiete und Volksteile möglich ist. Allein die Wahl der kleinen Amtsgerichtsbezirke hätte abgesehen von dem Bedenken, das in der Mitteilung selbst dagegen angeführt ist, das Mißliche, daß Unterschiede viel mehr zutage treten würden, die keinen inneren Grund haben, sondern rein zufälliger Natur sind; man denke nur an die Steigerung, die z. B. die Anzeigen wegen Schulversäumnis oder wegen Wirtshausbesuchs mitunter durch irgendeinen äußeren Anlaß oder infolge der größeren oder geringeren Strenge einer maßgebenden Persönlichkeit in einzelnen Orten erfahren. Was die Ergebnisse anlangt, so trifft im Königreich durchschnittlich schon auf 18 (!) Einwohner eine Verurteilung wegen Uebertretung und auf 113 Einwohner eine Verurteilung wegen Bettelns oder Landstreicherei. Die Zahlen für die einzelnen Bezirke schwanken bei den Verurteilungen wegen Uebertretungen überhaupt zwischen 10 und 36, bei den Verurteilungen wegen Bettelns und Landstreicherei zwischen 47 und 244. Die örtliche Verteilung ist nicht dieselbe wie bei den Verurteilungen wegen Verbrechen oder Vergehen; doch zeigt sie bei den Uebertretungen im allgemeinen immerhin einige Aehnlichkeit. Die Bezirke Zweibrücken, Frankenthal und Kaiserslautern stehen an der Spitze; dann folgen die Bezirke mit großen, gewerbe- und verkehrsreichen Städten, München I, Nürnberg und — nach Landau — Augsburg und Würzburg. Ganz anders bei den Uebertretungen wegen Bettelns und Landstreicherei: hier gehören die vier Landgerichtsbezirke der Pfalz zu den acht Bezirken mit der niedrigsten Verurteiltenzahl und ihnen schließt sich merkwürdigerweise die Großstadt München an, während Bezirke mit überwiegend ländlicher Bevölkerung wie München II und Traunstein sehr schlecht abschneiden.
3381

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 13. München, den 1. Juli 1914. 10. Jahrg.

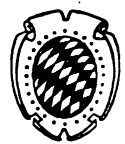
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Reichsgerichtsrat a. D. Ernst von Schneider.

Ein Nachruf.

Vom Senatspräsidenten des Reichsgerichts **Christian v. Kolb.**

Am 12. Juni dieses Jahres ist in München der Reichsgerichtsrat a. D. Ernst von Schneider plötzlich an Herzlähmung gestorben. Erst vor einigen Monaten aus dem aktiven Dienst geschieden und in die geliebte bayerische Heimat übergesiedelt, durfte er sich nur kurze Zeit des wohlverdienten Ruhestandes erfreuen. Ihm und seinem Wirken, insbesondere am höchsten Gerichtshofe des Reiches, ein Gedenkwort zu widmen, erscheint dem Einsender als Ehrenpflicht. Ernst Schneider war geboren am 16. Februar 1846 zu Obernzenn (Mittelfranken), besuchte die Gymnasien zu Bamberg und Ansbach, studierte an den Universitäten Erlangen und Leipzig und bestand 1867 die erste, 1870 die zweite Staatsprüfung mit bestem Erfolge. Sodann war er jahrelang als Hilfsarbeiter (Konzipient) im Notariat und der Rechtsanwaltschaft tätig, wurde 1879 Amtsrichter in Hof, 1886 Landgerichtsrat in Passau und 1897 Oberlandesgerichtsrat in Bamberg.

Als im Frühjahr 1899 die Zahl der von Bayern vorzuschlagenden Mitglieder des Reichsgerichts von sechs auf zehn erhöht wurde, befand sich auch Ernst Schneider unter den neuerwählten Räten. In den seitdem verflossenen fünfzehn Jahren ist er jederzeit vollauf den recht hochgespannten Erwartungen und Anforderungen gerecht geworden, die an die Mitglieder des Reichsgerichts gestellt werden können und müssen. Dem V. Zivilsenat zugeteilt, dem er bis zu seinem Ausscheiden ununterbrochen treu blieb, trat er in einen geradezu glänzenden Kreis engerer Kollegen ein, deren Namen in der ganzen Juristenwelt rühmlichst bekannt sind.[1]) Wenn es ihm gleichwohl in ganz kurzer Zeit gelang, in diesem Senate eine hochgeachtete und unbestritten anerkannte Stellung zu erringen und stets zu behaupten, so verdankte Schneider diesen Erfolg den ausgezeichneten Eigenschaften, die ihn ganz besonders zum Richteramte befähigten: seinem scharfen, in die Tiefe dringenden Verstande, seiner reichen umfassenden Kenntnis aller Rechtsgebiete, seiner Vertrautheit und steten Fühlung mit den Anschauungen und Bedürfnissen des praktischen Lebens, und nicht zuletzt seinem aufrechten, starken Charakter, der ihn das für recht und wahr Erkannte auch mit allem Nachdruck festzuhalten und zu verteidigen hieß. In den letzten Jahren, der Zeit der Hilfsrichter, hatte Schneider auch häufig den Vorsitz in den stark vermehrten Sitzungen zu führen, und er hat sich auch in dieser Eigenschaft glänzend bewährt. Im Verkehr war Schneider ein Mann von großer Liebenswürdigkeit,

[1]) Dem V. Zivilsenate gehörten damals u. a. an: Schütt, der Herausgeber von Seufferts Archiv; Turnau und Förster, die Verfasser des großen zweibändigen Werks über das Liegenschaftsrecht; Jäckel, der Kommentator des Zwangsversteigerungsgesetzes.

gepaart mit der vornehmen Naturen eigenen Bescheidenheit und lauteren Sinnesart, ein treuer, zuverlässiger Freund und Kollege, der sich dahier außergewöhnlicher Beliebtheit erfreute. Das zeigte sich besonders bei seinem Scheiden aus dem Dienste und von Leipzig, und jetzt wieder bei der Trauerkunde von seinem plötzlichen Tode.

Schneider besaß auch Neigung und Befähigung zu schriftstellerischer Tätigkeit. Wiederholt hat er gediegene und gedankenreiche Aufsätze über praktisch wichtige Fragen in dieser Zeitschrift veröffentlicht, auch für die Abteilung „Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen" hat er zahlreiche Beiträge geliefert. Ebenso stammten in Neumanns Jahrbuch die Uebersichten über die Literatur und Rechtsprechung, Zwangsvollstreckung betr., aus seiner Feder. Die größere Muße des Ruhestandes hätte sicher noch manche wertvolle Arbeit von ihm zutage gefördert, und so hat auch die Rechtswissenschaft in seinem allzufrühen Hinscheiden ein schmerzlichen Verlust zu beklagen.

Ehre seinem Andenken!

Verlesung von Schriftstücken Verstorbener im Strafverfahren.

Von Reichsgerichtsrat **Valentin Grimm** in Leipzig.

Dem Urteile des III. Strafsenats vom 27. November 1913 — 3 D 1159 — lag folgender Tatbestand zugrunde.

Der Angeklagte war der Vermögensverwalter einer 1912 verstorbenen Rentnerin. Nach ihrem Ableben stellte er Rechnung, nach welcher das Vermögen vollständig aufgewendet war. Eine Durchsuchung seiner Wohnung förderte Briefe und Aufzeichnungen der Verlebten zutage, die in der Hauptverhandlung verlesen wurden und aus denen das erkennende Gericht den Beweis entnahm, daß der Angeklagte einen großen Teil des von ihm verwalteten Vermögens veruntreut hatte. Verurteilt, legte der Angeklagte Revision ein mit der Begründung, es sei gegen die Vorschriften des § 250 StPO. verstoßen, weil die Briefe und Aufzeichnungen nicht hätten verlesen werden dürfen, und bezog sich dabei auf das in vielen Kommentaren so z. B. Löwe, StPO. § 250 Anm. 1 b angeführte Urteil des IV. Strafsenats vom 25. Oktober 1898, mitgeteilt in GoltdArch. Bd. 46 S. 435. Dieses Urteil spricht folgende Sätze aus: Nach § 249 StPO. sei, wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person beruhe, diese letztere in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung dürfe nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden. Von diesem Grundsatze seien allerdings in § 250 daselbst Ausnahmen in verschiedenen Richtungen zugelassen, darunter namentlich auch die, daß das Protokoll über die frühere richterliche Vernehmung eines verstorbenen Zeugen verlesen werden dürfe. Aus dem Zusammenhange jener Regelvorschrift mit der eben bezeichneten Ausnahmebestimmung erhelle aber von selbst, daß das Gesetz es nicht für statthaft erachte, schriftliche Erklärungen einer verstorbenen Person über Tatsachen, die Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen seien, zum Zwecke des Beweises dieser Tatsachen in der Hauptverhandlung zu verlesen, und auf diese Weise die durch den Tod unmöglich gewordene Vernehmung zu ersetzen.

Der Sinn dieses Urteils geht also dahin, § 250 Abs. 1 StPO. habe gegenüber den §§ 248, 249 und anderen Bestimmungen der StPO. eine so überragende Bedeutung, daß die Verlesung von Schriftstücken Verstorbener zum Zwecke des Beweises der dort niedergelegten eigenen Tatsachenwahrnehmungen der Schreiber im Strafverfahren selbst dann unzulässig sei, wenn dadurch die Pflicht des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit aus der unter Umständen einzigen und unmittelbarsten Erkenntnisquelle verletzt werde.[1])

Teilweise von diesen Gründen abweichend wurde die Revision zurückgewiesen im wesentlichen aus folgenden Erwägungen: Zunächst sei der Hinweis der Revisionsbegründung auf § 250 StPO. verfehlt, denn dieses Gesetz regele in seinen drei Absätzen die Voraussetzungen, unter welchen *richterliche* Vernehmungen überhaupt, und in seinem ersten Absatze, unter welchen Voraussetzungen richterliche Protokolle verstorbener Zeugen, Sachverständiger oder Mitbeschuldigter verlesen werden dürfen. § 250 stehe in keinem Ueberordnungsverhältnisse zu den §§ 248, 249 StPO., welche die Verlesung von Urkunden und anderen als Beweismittel dienenden Schriftstücken zulassen. Unterstelle man, die Revision wolle einen Verstoß gegen die §§ 248, 249 StPO. rügen, so müsse das Rechtsmittel gleichfalls verworfen werden, denn die verlesenen Schriftstücke seien durch gerichtliche Beschlagnahme gemäß § 94 StPO. in den Besitz des Gerichts gekommen, weil sie als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein konnten,

---

[1]) Unbedingtes Beweismittelverbot, ähnlich wie das Verbot der Verlesung von richterlichen Vernehmungen eines verstorbenen, mit dem Angeklagten verwandten Zeugen, der ohne Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht vernommen worden war (RGSt. 20, 186; 32, 72).



sie seien als Beweismittel in der Anklageschrift bezeichnet, als solche dem erkennenden Gericht vorgelegt und auf Anordnung des Vorsitzenden als des Leiters der Verhandlung und der Beweisaufnahme ohne Beanstandung von irgendeinem Prozeßbeteiligten (RGSt. 25, 125) verlesen worden. Der Angeklagte habe anerkannt, daß die Schriftstücke von der Verlebten herrühren. Als herbeigeschaffte Beweismittel hätten sie nach § 244 StPO. verlesen werden müssen.

Im übrigen waren folgende Erwägungen maßgebend. Zweifellos waren die Briefe und Aufzeichnungen, deren Inhalt im angefochtenen Urteile auszugsweise wiedergegeben waren, Urkunden, d. h. körperliche Gegenstände, welchen eine an ihr Aeußeres geknüpfte und daher nur mittels Vorzeigung oder auf einem der Vorzeigung gleich zu achtenden Wege zur Geltung zu bringende Beweiskraft innewohnte, RGSt. 8, 95. Sie waren auch erheblich, dazu bestimmt, durch ihren gedanklichen Inhalt rechtserhebliche Tatsachen über die Vermögensverwaltung, über Leistungen und Gegenleistungen, zu beweisen. An sich konnten sie deshalb nach § 248 StPO. verlesen werden. Sie bildeten keine körperlichen Beweisstücke, welche wie z. B. eine verfälschte Urkunde, ein Grenzzeichen, Warenzeichen durch Besichtigung beweisbehelflich sind, sondern sollten durch ihren Inhalt Beweis liefern. So weit nun die Briefe und Aufzeichnungen Willenserklärungen, Mahnungen, Zahlungsaufforderungen der Verlebten enthalten, konnten sie verlesen werden, wie in der Rechtsprechung RGSt. 33, 35 und auch in der Wissenschaft anerkannt ist. Löwe, Komm. § 248 Anm. 1 a. Wenn auch die StPO. keine Beweisregeln kennt, § 260 StPO., so darf doch hierzu auf die ähnliche Bestimmung des § 416 ZPO. verwiesen werden. Eine Abweichung trat hier nicht deshalb ein, weil die Ausstellerin verstorben war.

Neben den Willenserklärungen bestätigten die den Gegenstand der Beweisaufnahme bildenden Briefe und Aufzeichnungen auch Wahrnehmungen der Verstorbenen über die Art der Vermögensverwaltung des Angeklagten, über sein Verhalten gegen die Verstorbene u. a. Auch diese auf der Wahrnehmung der Verstorbenen beruhenden Tatsachen wurden in den Urteilsgründen zur Belastung des Angeklagten verwertet. Darin kann kein Verstoß gegen § 249 StPO. erblickt werden, denn die Verlesung von Urkunden ist nur dann unstatthaft, wenn dadurch die Vernehmung einer Person als Zeuge ersetzt werden soll. Nur dann ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit der Beweisaufnahme verletzt, wenn an Stelle der möglichen Vernehmung einer Person als Zeugen die Verlesung von Schriftstücken tritt. Diesem Grundsatze wird dann nicht entgegengehandelt, wenn die wahrnehmende Person nicht mehr lebt, sie aber ihre Wahrnehmungen in einer Urkunde niedergelegt hat. Es ist nicht verständlich, in einem Verfahren, das die Vernehmung von Zeugen kennt, die ihre Kenntnis nur vom Hörensagen haben (RGSt. 2, 160), die Verlesung von schriftlich niedergelegten Zeugnissen verstorbener Personen abzulehnen, auch wenn die Glaubwürdigkeit dieser Personen feststeht und alle Umstände für die Richtigkeit der in den Aufzeichnungen enthaltenen Tatsachen sprechen. Es kann dem Strafrichter nicht untersagt sein, das geschriebene Wort, die vox mortua, wie Binding sagt, zu hören und es zur Unterlage seiner freien aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung zu machen. Wäre das Gegenteil richtig, dann dürften auch beispielsweise Notizen eines von Wilderern tödlich verletzten Försters über seine den Täter belastenden Angaben nicht verlesen werden, wenn der Förster vor seiner richterlichen Vernehmung verstarb, und auch nicht Aufzeichnungen eines in eine Gletscherspalte gestürzten und verstorbenen Turisten über das fahrlässige Verhalten seines Führers. Der Formalismus der StPO. kann doch nicht soweit gehen, zu erfordern, daß die Aufzeichnungen des Verstorbenen einer dritten Person zur Kenntnisnahme ausgehändigt wird, damit diese Person den Inhalt auswendig lernt und in der Hauptverhandlung wiederholt. Wem soll das Gericht Glauben schenken, den vernommenen Zeugen oder dem Urheber der Aufzeichnungen? Oft sind Schriftstücke wie im vorliegenden Fall das einzige Ueberführungsmittel gegen den Täter. Sie sind in solchen Fällen die unmittelbarste Erkenntnisquelle für die Ueberzeugung des Gerichts, dem die Schreiber für die Wahrheit bürgen. Zwei Senate des Reichsgerichts, und zwar der 2. in seinen Urteilen 2 D 321/10 vom 1. Mai 1910 und 2 D 637/13 vom 14. Oktober 1913, und der 5. in seinem Urteile 5 D 403/11 vom 13. Juli 1911 haben denn auch ausgesprochen, daß die Verlesung von Aufzeichnungen verstorbener Personen über Wahrnehmungen zulässig sei, es sei der Fall des § 249 S. 1 StPO. nicht gegeben, weil durch die Verlesung die infolge des Todes des Schreibers unmögliche Vernehmung nicht ersetzt sei.

Diese Entscheidungen sind zur Stütze des Urteils vom 17. November 1913 herangezogen worden, aber davon ausgehend, den Urkundenbeweis im Strafverfahren möglichst einzuschränken, und der Folgerung entgegenzutreten, als könne einzig und allein auf solche Aufzeichnungen die richterliche Ueberzeugung von der Schuld eines Angeklagten gestützt werden, ist der noch zu besprechende Hilfsgrund beigefügt worden.

Die hierin liegende Befürchtung ungemessener Berücksichtigung solcher Schriftstücke ist unbegründet. Es ist nicht zu bezweifeln, daß die richterliche Ueberzeugung von der Schuld des Angeklagten einzig und allein auf der Verlesung gerichtlicher Protokolle über die Vernehmung verstorbener Zeugen, Sachverständiger oder Mitbeschuldigter gewonnen werden kann. §§ 250 Abs. 1, 260 StPO. Dasselbe muß gelten für die Verlesung von Aufzeichnungen ver-

storbener Personen, jedenfalls soweit sie Willenserklärungen enthalten, aber auch insoweit sie Wahrnehmungen über Tatsachen enthalten, weil durch die Verlesung nicht die Vernehmung eines Zeugen ersetzt wird. Sehr lehrreich ist der im Urteile des 3. Strafsenats vom 8. Februar 1909 — 3 D 963/08 — behandelte Fall. Es waren Aufzeichnungen eines verstorbenen Rechtsanwaltes über seine Verhandlungen mit seiner Partei verlesen worden, in welchen bestimmte Tatsachen von der Partei bestätigt wurden. Die Verlesung ist unter Bezugnahme auf §§ 249 und 250 Abs. 1 StPO. als unzulässig bezeichnet worden, weil die Verlesung dazu dienen sollte, das Zeugnis der Partei zu ersetzen. Dabei ist erwogen worden: „ob eine Verlesung zum Ersatze des Zeugnisses der Partei auch unzulässig gewesen wäre, wenn es sich nicht um ein mit ihr aufgenommenes Protokoll, sondern um ein von ihr selbst angefertigtes Schriftstück gehandelt hätte, kann dahingestellt bleiben". Aus denselben Gründen sind nicht verlesbar polizeiliche Protokolle über die Vernehmung von Personen, wenn der das Protokoll errichtende Polizeibeamte verstorben ist.

Das Urteil vom 17. November 1913 hat sich hilfsweise darauf bezogen, daß anerkannten Rechts die Verlesung von Schriftstücken insoweit zulässig ist, als nur dargetan werden soll, es seien Schriftstücke solchen Inhalts geschrieben worden. Löwe, Komm. § 249 Anm. 1a. Zwar soll zur Klarstellung der Gesetzmäßigkeit des Verfahrens der Zweck der Verlesung der Schriftstücke im Sitzungsprotokolle angegeben sein, d. h. es soll angegeben werden, ob die Verlesung erfolgte, um den Beweis ihres Daseins und ihres Inhaltes, oder den Beweis von Wahrnehmungen des Urhebers und Schreibers des Schriftstücks zu erbringen, was im gegebenen Falle nicht geschehen ist, allein notwendig ist diese Angabe im Sitzungsprotokolle nicht. RGSt. 38, 254. Ist die Verlesung des Schriftstückes nicht zu beanstanden, so ist es Sache der freien richterlichen Beweiswürdigung, welche Schlüsse aus dem Inhalte der Schriftstücke gezogen werden können. Diese Sätze sind richtig, sie kennzeichnen aber die Lage der Rechtsprechung gegenüber dem in der StPO. zutage tretenden Mißtrauen gegen den Urkundenbeweis im Verhältnis zum Zeugenbeweis.

Auf Grund dieser Darlegungen dürfte anzunehmen sein:

1. die Verlesung von Schriftstücken Verstorbener ist unbedingt zulässig, soweit sie Willenserklärungen enthalten,
2. zulässig, soweit sie eigene Wahrnehmungen der Verstorbenen wiedergeben, da in diesem Falle von einem Ersatz einer Zeugenvernehmung nicht gesprochen werden kann,
3. unzulässig, soweit sie Wahrnehmungen dritter Personen bekunden, deren zeugenschaftliche Vernehmung möglich ist, was sich aus § 250 Abs. 1 in Verbindung mit § 249 StPO. ergibt,
4. die Rüge eines Verstoßes gegen § 249 StPO. ist prozessualer Natur. Es muß deshalb in der Revisionsbegründung nach § 384 Abs. 2 S. 2 StPO. die den Mangel des Verfahrens enthaltende Tatsache angegeben, d. h. behauptet werden, durch die Verlesung sei die Vernehmung einer bestimmten — lebenden — Person als Zeugen ersetzt worden.

Rechtsnatur und Ablösung der neurechtlichen Münchener Gemeinschaftsmauer.

Von Landgerichtsrat **Heinrich Lieberich** in München.

(Fortsetzung.)

III. Wir kommen nunmehr zur Betrachtung der **Ablösungspflicht** des an eine bewilligte neurechtliche Gemeinschaftsmauer anbauenden Nachbarn.

Nach dem alten Münchener Recht, wie auch nach den übergangsrechtlichen Bestimmungen des Art. 70 mit 68 des Bayer. AG. steht dem Eigentümer des Erstbaugrundstücks kraft Gesetzes das Recht zu, im Fall des Anbaus von dem anbauenden Nachbarn die Ablösung des hierzu beanspruchten auf dem Nachbargrundstück stehenden Kommunmauerteiles zu verlangen.[19] Für das neue Recht dagegen stellt sich die Ablösungspflicht zunächst als eine vertragsmäßige Einschränkung des Mitbenutzungsrechts des Nachbars dar. Der Nachbar, der ohne Ablösung der Gemeinschaftsmauer an diese anbauen wollte, würde damit trotz seines Eigentumsrechts an dem auf seinem Grundstücke stehenden Mauerteile gegen die alle Eigentümer der Nachbargrundstücke bindende Benutzungsvereinbarung für die Grenzanlage verstoßen und der Eigentümer des Erstbaugrundstücks ist daher schon als solcher befugt, eine derartige unberechtigte Verfügung über die benutzungsgemeinschaftliche Mauer zu verbieten und die Beseitigung eines gleichwohl erfolgten Anbaus

[19]) Tinsch, Münchener Stadtrecht S. 31, 33, 37, insbesondere auch OLG. München SeuffBl. Bd. 72 S. 262. Das AGzBGB. spricht für den von ihm selbst geregelten übergangsrechtlichen Ablösungsfall (Ablösung einer vor dem BGB. begonnenen, aber erst nach dessen Inkrafttreten ablösungsfällig gewordenen Mauer) ausdrücklich nur von einem Verbietungsrecht des Eigentümers des Erstbaugrundstücks. Die Rechtsprechung hat jedoch anerkannt, daß damit der unmittelbare Ablösungsanspruch des alten Rechts für diesen Fall nicht ausgeschlossen worden ist (OLG. München SeuffBl. Bd. 70 S. 208, Bd. 72 S. 262). Ebenso Oertmann, Bayr. LandesPrR. S. 336; Meisner, Nachbarrecht S. 65; Schmidt, Bayr. NotZ. 1907 S. 61, wohl auch Henle-Schneider Anm. 1 zu Art. 68 AG. Auch für das alte Recht ist übrigens neben dem Ablösungsanspruch ein Verbietungsrecht des Miteigentümers der Mauer gegenüber einem Anbau ohne Ablösung nach den Grundsätzen der actio negatoria anzunehmen (s. Roth-Becher, Bayr. Zivilrecht II S. 376 Note 22, 25; dazu Meikel Anm. 2 zu Art. 69 AG.).

zu verlangen (§§ 922 mit 1004 BGB.). Denn kraft der bestehenden Benutzungsgemeinschaft ist mit dem Eigentum des Erstbaugrundstücks die nachbarrechtliche Befugnis verbunden, dem anderen Teilhaber der Gemeinschaft jede über sein ordnungsmäßiges Nutzungsrecht hinausgehende Verfügung zu untersagen und eine dem widersprechende Bauführung stellt daher eine unbefugte Beeinträchtigung des Eigentums an dem Erstbaugrundstück dar.[20]) Aber auch aus der Benutzungsgemeinschaft als solcher, in die jeder Erwerber eines der Nachbargrundstücke von selbst als Teilhaber eintritt, läßt sich der persönliche Anspruch des Eigentümers des Erstbaugrundstücks gegen den Angrenzer auf Unterlassung jeder gemeinschaftswidrigen Benutzung der Mauer, auch soweit sie im Eigentum des letzteren steht, und auf Beseitigung eines im Widerspruch damit hergestellten Zustandes ableiten (§ 922 Schlußsatz, § 743 Abs. 2 bis § 746 BGB.).

Diese Verbietungsbefugnisse des Eigentümers des Erstbaugrundstücks begründen zugleich für ihn einen mittelbaren Anspruch auf die Ablösung der Gemeinschaftsmauer, insofern der Angrenzer eben nur durch Zahlung der Ablösungssumme diese Verbietungsbefugnisse ausschalten kann. Inwieweit jedoch auch ein unmittelbarer Anspruch auf Zahlung der Ablösungssumme aus der neurechtlichen Benutzungsgemeinschaft abgeleitet werden kann, ist zweifelhaft. Im Verhältnis zwischen den bei der Bewilligung der Gemeinschaftsmauer beteiligten Grundeigentümern wird ein solcher unmittelbarer Ablösungsanspruch des Eigentümers des Erstbaugrundstücks gegenüber seinem Vertragsgegner unbedenklich angenommen werden können. Denn nach den auch diese Vereinbarung beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben muß in der Einwilligung des Nachbars zu dem Bau der Gemeinschaftsmauer als solcher zugleich die Uebernahme der Verpflichtung gefunden werden, diese im Fall des Anbaus abzulösen. Und auch die Besitznachfolger der Vertragsteile bleiben durch das zwischen ihnen fortbestehende Gemeinschaftsverhältnis verbunden, aus dem heraus ihre Handlungen ebenfalls nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen sind. Hiernach wird aber vielfach aus den Umständen des Falls eine stillschweigende Uebernahme der Zahlungspflicht durch den anbauenden Nachbarn gefolgert werden können, so z. B. in der Regel, wenn dieser in Kenntnis des von dem Eigentümer des Erstbaugrundstücks in Anspruch genommenen Ablösungsrechts oder gar wenn er unter ausdrücklicher Anerkennung dieses Rechts anbaut und ihm letzterer daraufhin den Anbau gestattet oder die Zahlung der Ablösungssumme verlangt. Meist wird überdies im Fall des Anbaus eine förmliche Ablösungsvereinbarung zwischen den beteiligten Grundeigentümern getroffen. In allen diesen Fällen tritt neben den oder auch — je nach den Umständen — an Stelle des Verbietungsanspruchs ein selbständiger unmittelbarer Ablösungsanspruch des Eigentümers des Erstbaugrundstücks.[20a]) Selbstverständlich ist aber immer nur der derzeitige Eigentümer des Erstbaugrundstücks als der verbotsberechtigte Teilhaber der Gemeinschaft auch derjenige, der so das Recht auf die Ablösungssumme gegen Gestattung des Anbaus geltend machen kann.

Die Ablösungspflicht des Nachbars begründet sonach einen doppelten Anspruch des Eigentümers des Erstbaugrundstücks, den negativen Anspruch auf Unterlassung des Anbaues ohne Ablösung und den positiven mittelbaren oder auch unmittelbaren Anspruch auf Zahlung der Ablösungssumme im Falle des Anbaus. Träger dieses doppelten Anspruchs ist immer der Eigentümer des Erstbaugrundstücks zur Zeit der Inanspruchnahme des Anbaurechts durch den Nachbarn und Schuldner hierzu immer der dieses Anbaurecht beanspruchende jeweilige Nachbar.[21])

---

[20]) Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 1004 BGB. auf Grenzeinrichtungen s. Mot. z. BGB. Bd. III S. 277 Ziff. 4; ferner Staudinger Anm. IIa zu § 921 (in dem Mitbenutzungsrecht des Nachbarn liegt eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung des Grundstückseigentümers hinsichtlich der auf seinem Grundstück befindlichen Anlage) und Anm. 5 zu § 922 (Schutz der Nachbarn gegen Beeinträchtigung ihres Benutzungsrechts nach § 1004); ebenso Planck Anm. 2b Abs. 2 zu § 1004; RGRKomm. Anm. 3 zu § 922; RG. Warn. 1911 Nr. 243; endlich Meisner, Nachbarrecht S. 56 Abs. 5 (wenn ein Nachbar ohne Zustimmung des andern die Grenzeinrichtung unzulässigerweise ändert, hat der andere Nachbar den Anspruch auf Wiederherstellung); ebenso RGRKomm. Anm. 5 zu § 922 BGB.

[20a]) S. hinsichtlich der Uebernahme der Ablösungspflicht Koppers DJZ. 1904 S. 806 und BayObLGZ. n. F. Bd. 5 S. 441. — Da im Wege der §§ 745, 746 BGB. auch Benutzungsabfindungen, also positive Leistungen, mit Wirkung gegenüber den Besitznachfolgern festgesetzt werden können (s. Note 14 oben), ließe sich dem Ablösungsvorbehalt bei der bewilligten Gemeinschaftsmauer sogar die Wirkung beilegen, daß im Anbaufall ein unmittelbarer Ablösungsanspruch gegen den Nachbarn kraft des Gemeinschaftsverhältnisses entsteht. Nimmt man dies aber — im Gegensatz zum alten Recht — auch nicht an, so würde die Rechtswirksamkeit des Ablösungsvorbehalts dadurch, daß er nur einen mittelbaren Ablösungsanspruch zu begründen vermöchte, so wenig berührt, wie nach dem oben ausgeführten dadurch, daß er an Stelle des altrechtlichen Miteigentums nur mehr eine Benützungsgemeinschaft an der Mauer herbeiführen kann.

[21]) Nach dem Gesagten brauchen zur Begründung der Ablösungspflicht keineswegs die Bereicherungsgrundsätze des BGB. herangezogen zu werden, wie dies vielfach geschieht, so Meisner, Nachbarrecht S. 59, nun auch RGRKomm. Anm. 5 a. E. zu § 95 BGB. Es ist für die Anwendung dieser Vorschriften gegenüber den das Verhältnis beherrschenden Gemeinschaftsgrundsätzen überhaupt kein Raum; s. dazu Staudinger Anm. 2b zu § 921 und Anm. 2a zu § 951 BGB.; Geiershöfer Recht 1905 S. 403; Schmidt BayNotZ. 1907 S. 56; Meikel BayNotZ. 1901 S. 231; RG. JW. 1903 B 24; Gruchot Bd. 51 S. 967; Recht 1907 Nr. 1654 (Unanwendbarkeit der Bereicherungsgrundsätze, wenn die Beteiligten in einem besonderen Vertragsverhältnisse stehen, keine Bereicherung durch den vertragsgemäß erfolgten Bau der Mauer). Nimmt man an,

IV. Einzelnes.

a) Nach dem alten Münchener Recht trat die Ablösungspflicht des anbauenden Nachbarn ein, sobald er an die Kommunmauer anzubauen begann und sie bestand in der Verpflichtung des Nachbars, den Wert des zum Anbau in Anspruch genommenen, auf seinem Grund und Boden stehenden Mauerteils zu vergüten. In diesem Sinne ist denn auch die Ablösungspflicht bei der bewilligten neurechtlichen Gemeinschaftsmauer zu verstehen.

Hierbei ergibt sich allerdings ein gewisser Widerspruch mit den Ablösungsgrundsätzen des Uebergangsrechts, da hiernach nicht der Wert des beanspruchten Mauerteils, sondern der entsprechende Teil der Baukosten und nur dann der Bauwert zu vergüten ist, wenn er geringer ist als der Betrag der Baukosten. Da aber gewöhnlich der Ablösungsfall schon bald nach der Erbauung der Mauer eintritt, wo von einer Entwertung der Mauer noch nicht die Rede sein kann, die Arbeits- und Materialkosten hier aber ständig steigen, ist dann regelmäßig der Bauwert der Mauer höher als die Kosten ihrer seinerzeitigen Aufführung. Im Gegensatz zu den Bestimmungen des AG. hat demgegenüber die hiesige Uebung daran festgehalten — entsprechend den Grundsätzen des alten Rechts — die Ablösungssumme nach dem Bauwert zur Zeit der Ablösung unter Zugrundelegung der allgemeinen Arbeits- und Materialpreise dieses Zeitpunkts zu berechnen. Diese Uebung wird allerdings für die Ablösungsfälle des Art. 70 mit 68 AG. angesichts der abweichenden Vorschriften dieser Gesetzesbestimmungen nicht beachtet werden können, wohl aber wird sie für die Ablösung der neurechtlichen bewilligten Gemeinschaftsmauern Maß zu geben haben. Ebenso wird für diese Mauern entsprechend den Vorschriften des alten Rechts und der feststehenden hiesigen Uebung als maßgebender Zeitpunkt für die Entstehung des Ablösungsanspruchs der des Beginns, nicht der der Vollendung des Anbaus festzuhalten sein.[22]) Da der Umfang des beabsichtigten Anbaus sich schon bei Beginn der Bauführung aus den erforderlichen Bauplänen feststellen läßt, besteht auch keine Schwierigkeit für die Berechnung der Ablösungssumme schon zu diesem Zeitpunkt. Nach Art. 69 mit 70 AG. kann in den dort geregelten Fällen die Ersatzleistung auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen. Dies gilt nach allgemeinen Grundsätzen auch für die neurechtlichen Gemeinschaftsmauern. Demnach müssen die Aufrechnungsvoraussetzungen gegenüber dem ersatzberechtigten Eigentümer des Erstbaugrundstücks vorliegen und die besonderen Voraussetzungen der Hinterlegung nach § 372 BGB. gegeben sein (z. B. Annahmeverzug des Ersatzberechtigten).

b) Gemäß § 922 BGB. darf, solange einer der Nachbarn ein Interesse an der Grenzeinrichtung hat, diese nicht ohne seine Zustimmung beseitigt oder geändert werden. Daß diese Bestimmung, sobald die Gemeinschaftsmauer abgelöst und damit die volle Gleichberechtigung beider Teilhaber hergestellt ist, auch auf die neurechtliche Gemeinschaftsmauer anwendbar ist, versteht sich von selbst. Es fragt sich aber, ob sie auch schon für die Zeit vor der Ablösung der Gemeinschaftsmauer gilt oder ob vor der Ablösung der Eigentümer des Erstbaugrundstücks noch einseitig über die Kommunmauer verfügen kann. Nach dem alten Münchener Recht war nun in der Tat der Eigentümer des Erstbaugrundstücks, solange die Kommunmauer noch nicht abgelöst war, befugt, sie einseitig wieder abzutragen.[23]) Diese Befugnis muß denn auch als

daß der auf dem Nachbargrundstück stehende Mauerteil sofort in das Eigentum des Nachbars fällt, so ist eine ungerechtfertigte Bereicherung seines Besitznachfolgers durch den Anbau — abgesehen von dem Fall eines unentgeltlichen Erwerbs (§ 822 BGB.) — überhaupt nicht denkbar (ebenso OLG. München BayZfR. 1906 S. 483, 1914 S. 180—181; SeuffArch. Bd. 67 S. 367). S. auch Abele LZ. 1914 S. 833. Auch die von Pfirstinger, Kommunmauer S. 24, versuchte Begründung der Ablösungspflicht aus § 748 BGB., wonach jeder Teilhaber einer Gemeinschaft die Kosten der Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands zu tragen hat, wird durch die obigen Ausführungen überflüssig; in der Tat läßt sich die Vorschrift des § 748 auch nicht auf die Kosten der Herstellung des gemeinschaftlichen Gegenstandes anwenden, wenn diese, wie Pfirstinger selbst bezüglich der Kommunmauer annimmt, einseitig durch einen Teilhaber der Gemeinschaft erfolgt (so auch Staudinger Anm. 2b zu § 921 BGB.). — Buhmann BayZfR. 1914 S. 223 zieht zwar aus der von ihm vertretenen Beurteilung des Verhältnisses nach §§ 921—922, 745—746 BGB. richtig die Folgerung, daß die Ablösungspflicht auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses auf den Sondernachfolger des Nachbars des Erbauers übergeht, lehnt aber ohne überzeugende Begründung den Uebergang des Ablösungsanspruchs auf den Sondernachfolger des Erbauers der Mauer ab, weil dieser Anspruch kein aus dem Gemeinschaftsverhältnis fließender und auch nicht mit dem Eigentum an dem Erstbaugrundstücke untrennbar verbunden sei. Er räumt daher nur dem Erbauer der Mauer selbst einen Ablösungsanspruch gegen den jeweiligen anbauenden Eigentümer des Nachbargrundstücks ein. Dies führt ihn im Fall eines beiderseitigen Besitzwechsels wieder zu der Annahme eines nach dem oben Gesagten unhaltbaren Bereicherungsanspruchs des Erbauers gegen den Erwerber des Nachbargrundstücks.

[22]) Siehe Tinsch, Münchener Stadtrecht S. 27, 30, 36 (Ablösungspflicht nach Maßgabe des Wertes des beanspruchten Mauerteils z. Zt. des Anbaus, nicht der seinerzeitigen Baukosten, auch nicht der aufzuwendenden Baukosten bei Aufführung der Mauer durch den Ablösenden selbst); dazu OLG. München SeuffBl. Bd. 54 S. 244, Bd. 72 S. 262 (BayZfR. 1906 S. 483). Dem entspricht auch die noch jetzt in München bestehende Uebung (die Ablösungssumme wird berechnet nach dem Wert des abzulösenden Mauerteils z. Zt. der Ablösung und ist sofort bei Beginn des Anbaus zahlbar). Für Zahlbarkeit der Ablösung bei Beginn des Anbaus auch OLG. München, Beschl. vom 5. Mai 1913, BayZfR. 1914 S. 184 Note 2, und Buhmann BayZfR. 1914 S. 224. Hinsichtlich der Erfordernisse eines die Ablösungspflicht begründenden Anbaus im Sinn des alten und Uebergangsrechts, s. OLG. München SeuffBl. Bd. 71 S. 71 (es muß die Mauer für den Bestand des Anbaus in Anspruch genommen werden).

[23]) Siehe hierüber Tinsch, Münchener Stadtrecht S. 35; dazu Annotationen zu Bayr. Landrecht II 3 § 17.

stillschweigender Bestandteil des neurechtlichen vereinbarungsmäßigen Kommunmauerverhältnisses gelten, soweit nicht ein gegenseitiger Wille der beiden Nachbarn bei der Errichtung der Gemeinschaftsmauer ausdrücklich erklärt wurde oder den Umständen des Falles zu entnehmen ist. Tatsächlich ist regelmäßig das Interesse des Eigentümers des Erstbaugrundstücks an der Gemeinschaftsmauer bei deren Erbauung so sehr das überwiegende, daß die Ueberlassung des Verfügungsrechts über den Fortbestand der Mauer bis zur Ablösung an ihn auch das der Natur der Sache entsprechende ist. Auch diese Befugnis des Eigentümers des Erstbaugrundstücks ist als ein Bestandteil des Gemeinschaftsverhältnisses im Sinne der §§ 745, 746 BGB. anzusehen.[23a]) Beseitigt der Berechtigte auf Grund dieser Befugnis die noch nicht abgelöste Mauer, so ist damit die Grenzeinrichtung aufgehoben und es tritt der Nachbar wieder in das freie Verfügungsrecht über den von ihr beansprucht gewesenen Teil seines Grund und Bodens.[24])

Bezüglich der Erweiterung der Gemeinschaftsmauer dagegen durch Erhöhung und Verstärkung und der dadurch begründeten Ablösungspflicht gelten seit dem Inkrafttreten des BGB. die besonderen Vorschriften des Art. 68 AG.[25]), und zwar sind diese Vorschriften auf alle benutzungsgemeinschaftlichen Grenzmauern anwendbar. Da auch die noch nicht abgelöste Kommunmauer eine solche benutzungsgemeinschaftliche Mauer ist, fällt auch sie unter den Art. 68. Die durch Art. 68 begründete Befugnis zu einseitiger Erhöhung und Verstärkung der Gemeinschaftsmauer hat auch für den Eigentümer des Erstbaugrundstücks vor der Ablösung der Mauer ihre Bedeutung, da aus dem ursprünglichen Kommunmauervertrag wohl eine Befugnis zur Erweiterung der Mauer für ihn nicht abgeleitet werden könnte.[26]) Für den Eigentümer des Nachbargrundstücks ist selbstverständlich die vorherige Ablösung der von ihm zu erhöhenden und zu verstärkenden Mauer Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Befugnisse des Art. 68. Hat der Eigentümer des Erstbaugrundstücks die Mauer vor der Ablösung erhöht oder verstärkt, so tritt im Fall des Anbaus durch den Nachbarn zu dem ursprünglichen vereinbarungsmäßigen Ablösungsanspruch noch der gesetzliche Ablösungsanspruch des Art. 68.[27]) Dieser letztere Anspruch ist übrigens, wie der ihm nachgebildete übergangsrechtliche Ablösungsanspruch des Art. 70 AG. mit dem Ablösungsanspruch für die bewilligte Kommunmauer selbst nicht völlig gleichartig (regelmäßig Baukosten-, nicht Werterſatz). Selbstverständlich können jedoch, abgesehen von der einseitigen Erhöhung und Verstärkung gemäß Art. 68 AG., die Teilhaber der Gemeinschaftsmauer die Erhöhung und Verstärkung und die beiderseitigen Leistungen hierwegen vereinbarungsmäßig regeln und zwar ebenfalls gemäß §§ 745, 746 BGB. mit Wirkung für das ganze Gemeinschaftsverhältnis. Und es wird schon dann, wenn der Nachbar eine von dem Eigentümer des Erstbaugrundstücks beabsichtigte Erhöhung oder Verstärkung ohne weitere Vereinbarung genehmigt, angenommen werden können, daß die etwaige künftige Ablösung auch hinsichtlich der Erhöhung und Verstärkung trotz der gegenteiligen Vorschrift des Art. 68 im Sinne der hiesigen Uebung auf der Grundlage des Wertsersatzes erfolgen soll.

c) Wird nach Entstehung des Verbots- oder Ablösungsanspruchs in der Person eines bestimmten Eigentümers des Nachbargrundstücks dieses letztere veräußert, so wird hierdurch der gegen den früheren Besitzer entstandene Anspruch nicht berührt. Dagegen kann gegen den neuen Eigentümer ein Verbots- oder Ablösungsanspruch nur insoweit geltend gemacht werden, als ein solcher in seiner Person begründet wird. Dies ist dann ausgeschlossen, wenn der Eigentümer des Erstbaugrundstücks dem Vorbesitzer bereits eine endgültige, vorbehaltslose Anbauerlaubnis erteilt hat. Denn damit ist die Anbaubeschränkung für das Nachbargrundstück beseitigt und der Eigentümer des Erstbaugrundstücks auf den persönlichen Ablösungsanspruch gegen den

[23a]) Dafür obliegt dem Eigentümer des Erstbaugrundstücks die Unterhaltung der ganzen Mauer bis zum Anbau, d. h. der Nachbar kann abweichend von der Regel des § 922 BGB. bis dahin zu den Unterhaltungskosten nicht herangezogen werden (§§ 748, 745, 746 BGB.). Ebenso Buhmann BayZfR. 1914 S. 223. Dies ist auch für das alte Recht anzunehmen. Die anscheinend gegenteiligen Bestimmungen Bayer. Landrecht II 2 § 16 und IV 13 § 3 Ziff. 6 nebst Annot. zu II 2 § 16 Ziff. 4 und II 8 § 3 lit. h haben nur die bereits angebaute, im Gemeinbesitz befindliche Mauer im Auge. Für den Fall der Erhöhung der Gemeinschaftsmauer bestimmt Art. 68 Abs. 2 AG. ausdrücklich die alleinige Unterhaltungspflicht des Ablösungsberechtigten.

[24]) Ueber die Aufhebung des Grenzeinrichtungsverhältnisses s. des näheren Wolff Recht 1900 S. 477; Meisner, Nachbarrecht S. 56–57 und unten Note 32.

[25]) S. hierüber des näheren Meisner, Nachbarrecht S. 61. Meisner hält die Erhöhungsvorschriften des Art. 68 nur auf Gebäudemauern, nicht auch auf Scheidemauern für anwendbar, weil bei letzteren das Erhöhungsrecht durch den Gemeinschaftszweck ausgeschlossen sei. Dies wird jedoch keineswegs immer der Fall sein. Die Münchener Uebung stellt, wie schon hervorgehoben (s. Note 10 oben), Gemeinschaftshaus- und -scheidemauer grundsätzlich gleich. Hiernach werden auch die bewilligten Gemeinschaftsmauern zu beurteilen sein. Jedenfalls kann aber jeder Teilhaber seine eigene Mauerhälfte unbeschadet des Benutzungsrechts des Nachbars erhöhen (s. RG. JW. 1908 S. 12, Wolff Recht 1900 S. 476 Ziff. 7).

[26]) Siehe Henle-Schneider Anm. 1 zu Art. 68.

[27]) Das Gesetz spricht auch hier ausdrücklich nur von einem Verbietungsrecht. Doch wird hier, wie in den Fällen des Art. 70 auch ein unmittelbarer Ablösungsanspruch bei Inanspruchnahme der Mitbenutzung der erhöhten Mauer anzuerkennen sein. Diesen Ablösungsanspruch hat derjenige, der zur Zeit der Beanspruchung der erhöhten Mauer Eigentümer des Grundstücks ist, von dem aus die Erhöhung erfolgte und dem daher das Verbietungsrecht zusteht (s. Note 19 oben).

Vorbesitzer beschränkt.[28]) Wenn dagegen der Besitznachfolger, ohne daß eine solche Regelung erfolgt ist, den von dem Vorbesitzer begonnenen Anbau fortsetzt oder die Beseitigung des von dem Vorbesitzer eigenmächtig durchgeführten Anbaus verweigert, kann der Eigentümer des Erstbaugrundstücks auch von ihm — mangels Erledigung des Verbotsanspruchs — die Beseitigung des Anbaus oder die Unterlassung des Weiterbaus verlangen.[29]) Die bloße Fortsetzung des von dem Vorbesitzer begonnenen oder die bloße Aufrechterhaltung des von ihm eigenmächtig ausgeführten Anbaus durch den Besitznachfolger begründet aber noch keinen Ablösungsanspruch gegen diesen; hierzu ist vielmehr die besondere Uebernahme der Ablösungspflicht durch ihn erforderlich. Immerhin wird der Erwerber eines Grundstücks mit angebauter Gemeinschaftsmauer gut tun, sich zuvor bei dem Nachbarn über das etwaige Bestehen unerledigter Verbietungsrechte zu vergewissern.

Ebenso wird durch Veräußerung des Erstbaugrundstücks selbstverständlich der bereits in der Person des bisherigen Eigentümers begründete selbständige (unmittelbare) Ablösungsanspruch nicht berührt.[29a]) Dagegen kann der bisherige Eigentümer nach der Veräußerung den an das Eigentum des Erstbaugrundstücks gebundenen Verbietungsanspruch und damit den mittelbaren Ablösungsanspruch) nurmehr geltend machen, wenn er sich das Recht hierzu bei der Veräußerung von dem Erwerber vorbehält (s. hierzu Note 43 unten). Umgekehrt muß der neue Erwerber die Zahlung der Ablösungssumme auf Grund eines unmittelbaren Ablösungsanspruchs des bisherigen Eigentümers gegen sich gelten lassen, da der Nachbar damit verpflichtungsgemäß die Voraussetzung des Anbaurechtes herbeigeführt hat. (Schluß folgt).

[28]) S. hierzu OLG. München SeuffBl. Bd. 72 S. 262 (BayZfR. 1906 S. 483). Die in dieser Entscheidung vertretene Ansicht, durch die Vollendung des Anbaus, wenn auch gegen den Willen des Eigentümers des Erstbaugrundstücks, werde das Verbietungsrecht erledigt, kann nicht gebilligt werden und zwar gilt dies sowohl für das gesetzliche Verbietungsrecht des Art. 68 AG. — s. Schmidt BayNotZ. 1907 S. 54; Meisner, Nachbarrecht S. 64 Note 1 — wie für das des neurechtlichen Gemeinschaftsmauerverhältnisses — s. Meikel BayNotZ. 1901 S. 231. Wohl aber kann Walter BayNotZ. 1901 S. 72 darin beigestimmt werden, daß das Verbietungsrecht — unbeschadet des Ablösungsanspruchs — regelmäßig durch Nichtgeltendmachung bei der Erwirkung der polizeilichen Erlaubnis zum Anbau verwirkt werden wird.

[29]) S. hiezu Oberneck, Reichs-Grundbuchrecht I S. 603 (schon das Dulden eines das Eigentum des Klägers beeinträchtigenden Zustandes durch den Beklagten kann die Eigentumsfreiheitsklage begründen; auch darauf kommt es nicht an, ob den Beklagten ein Verschulden an dem Vorhandensein der störenden Anlage trifft). Das gleiche folgt aus der Gemeinschaftspflicht des Nachbars.

[29a]) So auch für das Uebergangsrecht OLG. München SeuffBl. Bd. 72 S. 262.

Bargebotserhöhungen.

Von Amtsrichter **Hans Dittrich** in München.

(Schluß).

IV.

In der Praxis kann man nicht selten wahrnehmen, daß der Ersteher mangels entsprechender Belehrung im Versteigerungstermin von den Bestimmungen des § 50 ZVG. keine Ahnung hat. Man kann sich denken, wie angenehm er dann überrascht ist, wenn man ihm bei Gericht erklärt, daß er außer dem von ihm gebotenen Betrag noch so und so viele sonstige Zahlungen zu leisten hat. Es ist nicht ausgeschlossen, daß daraus unter Umständen auch eine Haftung des Staates entstehen kann. Der Fall wird ja nur selten wirklich kritisch, weil der Ersteher in der Regel ein Hypothekgläubiger ist, dem die Bargebotserhöhungen selbst wieder zugute kommen, so daß in der Regel kein tatsächlicher Schaden vorhanden ist; denn die Ausfallforderung des Erstehers, die ohne die Bargebotserhöhung entsprechend größer sein würde, wird in der Regel nicht einbringlich sein. Immerhin kamen mir auch schon Fälle unter, in denen der Ersteher ziemlich bluten mußte. So unerfreulich dies an sich gewesen sein mag, hat es doch die begrüßenswerte Folge gezeitigt, daß den Bargebotserhöhungen bei den Notariaten neuerdings entsprechende Beachtung geschenkt wird; dies äußert sich teilweise in dem Bestreben, Bargebotserhöhungen tunlichst hintanzuhalten, teils darin, daß im Versteigerungstermin auf die zu erwartenden Bargebotserhöhungen ausdrücklich hingewiesen wird. Die Art, wie dies geschieht, kann allerdings nicht immer meine Zustimmung finden. Beispielsweise scheint nun bei einem Notariat in jedes Versteigerungsprotokoll, gleichviel ob dazu ein Anlaß vorhanden ist oder nicht, grundsätzlich der Vermerk aufgenommen zu werden: „Eine Erhöhung des Bargebots tritt nicht ein", wobei jedoch, wenn nach dem Gesetz der Fall einer Bargebotserhöhung zweifellos gegeben wäre, entgegen den gesetzlichen Bestimmungen niemals eine besondere Versteigerungsbedingung in diesem Sinne aufgestellt wird. In einem Fall, wo ebenfalls nach den gesetzlichen Bestimmungen eine Mehrzahlung zu leisten gewesen wäre, finden sich im Zuschlagsbeschluß unmittelbar hintereinander die Sätze: „Eine Erhöhung des Bargebots tritt nicht ein; Versteigerungsbedingungen, die von den gesetzlichen abweichen, wurden nicht vereinbart", als ob nicht das eine das andere unbedingt ausschließen würde. Wieder in einem anderen Fall, wo die Bankhypothek und mehrere neurechtliche Höchsthypotheken ins geringste Gebot fielen und wegen des Löschungsanspruchs eines Beteiligten mit mehreren Bargebotserhöhungen zu rechnen war, hat der Notar diese Erhöhungen dadurch umgangen, daß er die durch die Annuitätentilgung und Nichtvalutierung

der Höchsthypotheken zweifellos entstandenen Eigentümergrundschulden nicht aufrecht erhielt; da er aber besondere Versteigerungsbedingungen in diesem Sinn nicht aufgestellt hatte, war dies natürlich ungesetzlich. Umgekehrt wurde in einem Fall, wo es sich um Berücksichtigung einer nicht vollständig valutierten und durch Löschungsvermerkung nicht beeinträchtigten neurechtlichen Höchsthypothek im geringsten Gebot handelte, im Versteigerungsprotokoll und im Zuschlagsbeschluß die Feststellung getroffen: „Soweit eine Forderung auf vorbezeichnete Hypothek nicht entstanden ist, hat der Ersteher Aufzahlung zu leisten", obwohl in diesem Fall eine Bargebotserhöhung gar nicht in Frage gekommen wäre; der Notar hat dabei in Anlehnung an eine in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. V S. 334 abgedruckte Entscheidung des OLG. Dresden vom 4. Juli 1902 gehandelt, die aber hinsichtlich des Rechts der Höchstbetragshypothek und der daraus entstehenden Eigentümergrundschulden von Anschauungen ausging, die durch die neuere Rechtslehre und Rechtsprechung längst überholt sind.

Eine Vertiefung in die Frage, wie die aus nicht bestehenden Hypotheken hervorgehenden Bargebotserhöhungen zu verzinsen und wann sie zu zahlen sind, habe ich meines Erinnerns bisher nur in einem einzigen Versteigerungsprotokoll gesehen, und da wurde sie unrichtig gelöst: in einem Fall, wo es sich um Bargebotserhöhungen aus altrechtlichen Nebenkautionen handelte, findet sich im Versteigerungsprotokoll der Satz: „Soweit die vorbezeichneten Nebensachekautionen nicht zurecht bestehen, erhöht sich das Bargebot um die betreffenden Beträge; diese Beträge hat der Ersteher vom Zuschlag an mit jährlich 4 v. H. zu verzinsen und drei Monate ab Kündigung an die nach § 125 ZVG. Berechtigten zu entrichten"; die Bargebotserhöhung wurde also anscheinend nach § 51 ZVG. behandelt, obwohl sie zweifellos nach § 50 zu behandeln gewesen wäre; nach dem oben in Ziff. III, 5 Gesagten wäre sie unverzinslich und bereits fällig gewesen.

V.

Das in Ziff. IV an einigen Beispielen geschilderte Bestreben einiger Notare, die Bargebotserhöhungen möglichst auszuschalten, ist in seinem Endziel durchaus zu billigen; man soll solche Dinge, die dem größeren Publikum nie verständlich sein werden, auf jede mögliche Weise zu vermeiden suchen. Dies kommt zum Ausdruck auch in der Justizministerialbekanntmachung vom 15. Mai 1906 (JMBl. S. 74), die sich nach ihrem Wortlaut allerdings nur auf die altrechtlichen Nebenkautionen bezieht, aber mutatis mutandis auf das gesamte oben besprochene Beispiel angewendet werden kann.

Es gibt mehrere Wege, auf denen man Bargebotserhöhungen in der Regel umgehen kann; bald wird sich der eine, bald der andere als gangbar erweisen. Vor allem empfiehlt sich eine sorgfältige Vorbereitung des Versteigerungstermins im Sinne des § 62 ZVG. Das rechtliche Schicksal der Bankhypothek und der zugehörigen Nebenkaution, das in unserem Beispiel erst der mit dem Verteilungsverfahren befaßte Vollstreckungsrichter geklärt hat, hätte sich sehr wohl schon vor dem Versteigerungstermin genau feststellen lassen: hätte der Notar bei der Bank angefragt, wann und von wem die bisherigen Annuitätenzahlungen geleistet wurden, so hätte es ihm unmöglich entgehen können, daß der durch die 1. Annuitätenzahlung getilgte Betrag von 50 *M* nicht mehr zu Recht bestand und daß auch die Zahlungen aus der Zwangsverwaltungsmasse einen Hypothekteil von 123.60 *M* zum Erlöschen brachten; er hätte sich ferner, so gut wie später der Vollstreckungsrichter, ausrechnen können, daß ein Hypothekteil von 498.10 *M* infolge der 2. mit 10. Annuitätenzahlung zur Eigentümergrundschuld des Mayer geworden war, daß durch die Zahlung der im geringsten Gebot berücksichtigten 2 Annuitätenraten ein weiterer Hypothekteil von 128.40 *M* erlöschen werde, und daß die Nebenkaution am Tage des Versteigerungstermins nur mit 49.50 *M* valutiert war. Die Kenntnis aller dieser Umstände hätte ihm ohne weiteres den Weg gewiesen, wie er jede einzelne der oben besprochenen Bargebotserhöhungen vermeiden konnte.

A. Diejenigen Hypothekteile, die am Tage des Zuschlags bereits erloschen waren, nämlich jene 50 *M* + 123.60 *M* = 173.60 *M*, hätte man am besten schon von Amts wegen nicht mehr als bestehenbleibendes Recht berücksichtigt, sondern von vorneherein unter den Tisch fallen lassen. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens ist allerdings nicht unbestritten. Die auf diese Frage bezüglichen Ausführungen hat man in den Kommentaren bei § 45 ZVG. zu suchen, welcher bestimmt, daß „ein Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots insoweit, als es zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch ersichtlich war, nach dem Inhalte des Grundbuchs . . . zu berücksichtigen" ist. Trotz dieser Bestimmung halten die Motive die Nichtberücksichtigung solcher Rechte, soweit sie bereits erloschen sind, mit Recht für „selbstverständlich"; sie bemerken dazu: „Der Versteigerungsrichter kann aber ein eingetragenes Recht, welches noch nicht gelöscht ist, nur dann als nicht bestehend behandeln, wenn die Voraussetzungen der Löschung liquide vorliegen"; die Kommentare haben sich diesen Passus der Motive im allgemeinen zu eigen gemacht; die Frage ist nur, was man unter den „Voraussetzungen der Löschung" verstehen will, die liquide vorliegen sollen: sind es die formellen, also insbesondere eine öffentlich beglaubigte Löschungsbewilligung der Berechtigten, oder sind es die materiellen, also der der freien richterlichen (in Bayern: notariellen) Be-

weiswürdigung unterliegende Nachweis des Nichtbestehens des eingetragenen Rechts? Im Gegensatz zu Jäckel-Güthe, der das Vorliegen der zur Löschung erforderlichen Urkunden verlangt, neige ich der Ansicht zu, daß sich die Motive hier im Ausdruck vergriffen haben, indem sie nicht das Vorliegen der Voraussetzungen der Löschung, sondern das Vorliegen der Voraussetzungen des Erloschenseins verlangen mußten; Löschung und Erloschensein sind ganz verschiedene Dinge: die Löschung ist ein Vorgang, das Erloschensein ein Zustand; die formellen Voraussetzungen der Löschung können sehr wohl vorliegen, ohne daß das in Betracht kommende Recht — worauf es doch hier allein ankommt! — wirklich erloschen wäre und also bei der Feststellung des geringsten Gebots einfach übergangen werden könnte; deshalb halte ich den materiellen Beweis des Nichtbestehens des Rechts für erforderlich, wenn man ein eingetragenes Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots von Amts wegen nicht berücksichtigen will; ich halte ihn aber auch für vollständig genügend — und zwar umsomehr, als ja der eingetragene Berechtigte als Beteiligter vom Versteigerungstermin zu verständigen ist und deshalb seine etwaigen Rechte im Termin und nötigenfalls noch durch Anfechtung des Zuschlagsbeschlusses wahren kann; auch für die Anwendung des § 50 ZVG. bestehen ja keinerlei Vorschriften, auf welche Weise sich der Richter davon zu überzeugen hat, daß die Voraussetzungen für eine Bargebotserhöhung gegeben sind; als Vollstreckungsrichter halte ich mich zweifellos für berechtigt und verpflichtet, immer dann eine Bargebotserhöhung eintreten zu lassen, wenn ich mir nach der Aktenlage die Ueberzeugung gebildet habe, daß ein im geringsten Gebot aufrecht erhaltenes Recht in Wirklichkeit nicht besteht; es ist nicht recht ersichtlich, warum nicht der gleiche Grundsatz auch für das der Vermeidung von Bargebotserhöhungen dienende Verfahren des Versteigerungsbeamten gelten soll, der doch ebenfalls richterliche Befugnisse hat; die Bedürfnisse der Praxis drängen jedenfalls nach dieser Regelung, da man beim Verlangen der formellen Voraussetzungen der Löschung jedenfalls nur äußerst selten zur Anwendung des von den Motiven als „selbstverständlich“ bezeichneten Rechtsgrundsatzes kommen würde; denn wenn die formellen Voraussetzungen der Löschung einmal vorliegen, so wird das nicht mehr bestehende Recht in der Regel auch nicht mehr eingetragen, sondern gelöscht sein und seine Aufrechterhaltung im geringsten Gebot dann ohnedies nicht mehr in Frage stehen. Aus allen diesen Gründen hätte ich es in unserem Beispiel für zulässig und im Interesse der Rechtssicherheit sogar für geboten erachtet, daß der Notar den zweifellos erloschenen Hypothekteil von 173.60 M nicht in das geringste Gebot aufgenommen hätte.

Würde man sich im geschilderten Fall der Auffassung von Jäckel-Güthe anschließen, so wäre die Bargebotserhöhung gleichwohl vermeidbar gewesen: Vor allem hätte der Notar darauf hinwirken können, daß die von Jäckel-Güthe für notwendig erachteten Unterlagen beigebracht wurden. Wären diese nicht zu erlangen gewesen, so hätte er auf Antrag eines Beteiligten durch Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung die Nichtberücksichtigung des erloschenen Hypothekteils im geringsten Gebot herbeiführen können, wozu in der Regel weder die Bank noch der Versteigerungsschuldner die nötige Zustimmung[8]) verweigern wird. Sollte die Zustimmung zu diesem Verfahren einmal nicht zu erlangen sein, so bliebe immer noch der Weg der Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung des Inhalts, daß eine Bargebotserhöhung trotz Berücksichtigung dieses an sich erloschenen Betrags im geringsten Gebot nicht zu leisten ist; auch die Aufstellung dieser besonderen Versteigerungsbedingung würde allerdings den Antrag eines Beteiligten voraussetzen; erfahrungsgemäß sind aber die Beteiligten und besonders die Vertreter der Hypothekenbanken nach entsprechender Belehrung durch den Notar gerne bereit, diese Formsache zu erfüllen. Die Zustimmung der Bank oder eines sonstigen Beteiligten wäre zur Aufstellung dieser besonderen Versteigerungsbedingung wohl nicht erforderlich, weil durch die Unterlassung der Bargebotserhöhung niemand beeinträchtigt würde. Die gegenteilige Meinung Kochs[9]) halte ich für unrichtig: zuzugeben ist allerdings, daß bei Eintritt einer Bargebotserhöhung (rein theoretisch gesprochen) die Nachhypothekgläubiger unter Umständen einen Vorteil hätten, weil ihnen die Bargebotserhöhung vielleicht zugute käme; dieser Vorteil besteht aber nur in der Theorie; denn jeder Bietungslustige wird sein Gebot darnach bemessen, ob er außer dem Bargebot noch eine Bargebotserhöhung zu leisten hat oder nicht; steht die Mehrzahlungspflicht in so sicherer Aussicht wie in unserem Fall, so wird er eben, wenn nicht ausdrücklich ihr Ausschluß bedingt wird, entsprechend weniger bieten, um sich auf diese Weise wieder schadlos zu halten. Daß in der Praxis, wie oben erwähnt, nicht selten Fälle vorkommen, wo der Bieter in Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen von der Bargebotserhöhung keine Kenntnis hat und demgemäß sein Gebot nicht entsprechend darnach einrichtet, kann die Richtigkeit dieser Erwägung natürlich nicht beeinträchtigen; denn in allen diesen Fällen erhalten die Nachhypothekgläubiger infolge der Gesetzunkenntnis des Erstehers Beträge, auf die sie eigentlich keinen Anspruch haben.

B. Auch bezüglich des zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothekteils von 498.10 M, bezüglich dessen für den Nachhypothekar ein Löschungsanspruch besteht, ließe sich durch entsprechende Tätigkeit des Notars die be-

[8]) Deren sich der Notar auch bei Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung am besten schon vor dem Termin versichert.

[9]) S. 43 Fußnote 3 des obenerwähnten Schriftchens.

dingte Bargebotserhöhung häufig vermeiden. Denn in der Regel wird es dem Notar keine Schwierigkeiten machen, schon vor dem Termin die Löschung oder durch Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung das Erlöschen dieses Hypothekteils herbeizuführen. Ist dies mangels Zustimmung des Berechtigten [8]) ausnahmsweise unmöglich, so wird die Bargebotserhöhung allerdings nicht ohne weiteres zu vermeiden sein; denn auch wenn es möglich wäre, von dem mit Löschungsanspruch ausgestatteten Nachhypothekgläubiger die Erklärung zu erlangen, daß er von seinem Löschungsanspruch Gebrauch mache, wäre mangels Zustimmung des Vollstrekkungsschuldners die Bargebotserhöhung im Gegensatz zum Falle A doch noch keine so durchaus sichere Sache, daß nicht vielleicht damit zu rechnen wäre, daß die Bietungslustigen die Möglichkeit des Eintritts der Bargebotserhöhung bei ihren Geboten nicht ganz in Rechnung stellen; der bei Eintritt der Mehrzahlungspflicht vom Ersteher zu leistende Gesamtbetrag könnte also vielleicht etwas höher ausfallen, als er bei bedingungsgemäßem Ausschluß der Bargebotserhöhung sein würde; deshalb könnte eine besondere Versteigerungsbedingung des Inhalts, daß keine Bargebotserhöhung eintreten soll, in diesem Fall nur dann ohne weiteres aufgestellt werden, wenn die Zustimmung der Nachhypothekare zu erlangen wäre, was häufig nicht möglich sein wird; ist sie nicht zu erlangen, so bleibt immer noch die Möglichkeit eines Doppelausgebots nach § 59 Abs. II ZVG., da die Beeinträchtigung der Nachhypothekgläubiger durch die Aufstellung dieser besonderen Versteigerungsbedingung nicht unbedingt feststeht.

C. Auch die aus den nicht valutierten Nebenkautionen herrührenden Bargebotserhöhungen lassen sich in der Regel leicht vermeiden. Meist wird es nur einer Anregung des Notars bedürfen, um schon vor dem Termin die Löschung oder durch Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung das Erlöschen der Nebenkaution herbeizuführen, was dann allerdings unter Umständen die weitere besondere Versteigerungsbedingung erforderlich machen würde, daß die auf die Nebenkaution bis zum Zuschlag tatsächlich geschuldeten Beträge (in unserem Beispiel also 49.50 *M*) als barzuzahlender Anspruch ins geringste Gebot aufgenommen werden; mit Koch (S. 43/44) und Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Bd. II S. 232 wird man annehmen können, „daß es bei einer derartigen Aenderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen der Zustimmung der nachstehenden Hypothekgläubiger nicht bedarf, da es sich nach der Natur dieser Forderungen um Beträge handelt, die zur Barzahlung und nicht zum Bestehenbleiben bestimmt sind". Wer gegen diese weitherzige Auslegung des Gesetzes Bedenken hat, mag sein Gewissen dadurch beruhigen, daß er die Löschung oder das Erlöschen der Nebenkaution nur insoweit herbeiführt, als auf sie keine Forderungen entstanden sind.[10]) Zur Herbeiführung der Löschung oder des Erlöschens der Nebenkaution braucht man selbstverständlich stets die Zustimmung des Hypothekgläubigers; erfahrungsgemäß ist diese aber in der Regel unschwer zu erlangen; auch unsere Hypothekenbanken zeigen in dieser Hinsicht großes Entgegenkommen, vorausgesetzt allerdings, daß gleichzeitig ihre Hypothekrechte im Rahmen der Hauptsachehypothek entsprechend erweitert werden, was ja nach jetzigem Recht zulässig und durch die Gestattung des Hinweises auf die Banksatzungen besonders erleichtert ist (§ 1115 Abs. II BGB.); daß die Erweiterung des Hypothekrechts im Rahmen der Hauptsachehypothek gegenüber dem Beschlagnahmegläubiger unwirksam wäre und deshalb nicht im geringsten Gebot berücksichtigt werden könnte, ist wohl kaum zu befürchten, da sie ja nur an die Stelle der gleichzeitig mit der Eintragung der Hypothekerweiterung zur Löschung kommenden Nebenkaution tritt, die unter Umständen sogar eine höhere Belastung bedeuten würde wie die an ihrer Stelle eingetragene Hypothekerweiterung.

Läßt sich dieser Weg nicht beschreiten, z. B. weil niemand die daraus entstehenden geringfügigen Kosten tragen will, so bleibt auch hier wie im Falle A immer noch der Weg der Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung des Inhalts, daß eine Bargebotserhöhung trotz Berücksichtigung des nicht ausgefüllten und deshalb nur formell zu Recht bestehenden Teiles der Nebenkaution im geringsten Gebot nicht zu leisten ist.

D. Hinsichtlich der Bargebotserhöhungen, die dadurch eintreten, daß der Ersteher die im geringsten Bargebot berücksichtigten Annuitätenzahlungen für Rechnung des Strichschillings leistet, fehlt es mir an einer praktischen Erfahrung, inwieweit auf ein Entgegenkommen der Hypothekenbanken zu rechnen ist; meines Erachtens würden sich aber die Banken nichts vergeben, wenn sie einer besonderen Versteigerungsbedingung des Inhalts zustimmen würden, daß die betreffenden Hypothekteile nicht im geringsten Gebot berücksichtigt werden, sondern erlöschen sollen.

Sollte diese Zustimmung nicht zu erlangen sein, so ließe sich, da ja der Eintritt der Bargebotserhöhung so viel wie sicher ist, auch hier (wie im Falle A) die Aufstellung einer besonderen Versteigerungsbedingung herbeiführen des Inhalts, daß eine Bargebotserhöhung trotz Berücksichtigung dieser nur noch auflösend bedingt [11]) bestehenden Hypothekteile nicht zu leisten ist.

VI.

Im Vorstehenden war mehrfach von der Aufstellung besonderer Versteigerungsbedingungen die Rede. Die in Ziff. IV niedergelegten Er-

[10]) Siehe hierzu die Ausführungen in Ziff. VI.
[11]) Siehe die Ausführungen in Ziff. III, 4.

fahrungen lassen es angezeigt erscheinen, diese Erörterung nicht zu schließen, ohne daß gesagt wird, wie bei Aufstellung besonderer Versteigerungsbedingungen zu verfahren ist.

Es ist schon erwähnt worden, daß besondere Versteigerungsbedingungen nur auf Antrag eines Beteiligten, also nie von Amts wegen aufgestellt werden dürfen; die Antragstellung ist im Versteigerungsprotokoll ersichtlich zu machen (§ 78 ZVG.); der Antrag muß selbstverständlich ersehen lassen, welche Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften begehrt wird; das gleiche gilt von der darauf ergehenden Entscheidung des Notars.

Wird durch die Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften das Recht eines anderen Beteiligten als des Antragstellers beeinträchtigt, so ist dessen Zustimmung erforderlich; auch diese ist, wenn sie nicht schon vor dem Versteigerungstermin erklärt wurde, im Protokoll ersichtlich zu machen; das Protokoll muß also beispielsweise im Falle V lit. C folgendes enthalten:

a) Falls durch besondere Versteigerungsbedingung das Erlöschen der Nebenkaution herbeigeführt werden soll:

Auf Antrag des N. N. und mit Zustimmung der Pfandbriefbank Felden wurden folgende besondere Versteigerungsbedingungen aufgestellt: die Nebenkaution zu Hypothek 1/I der Pfandbriefbank Felden, die eigentlich als Bestandteil des geringsten Gebots aufrecht zu erhalten wäre, soll durch den Zuschlag erlöschen und demgemäß im geringsten Gebot nicht berücksichtigt werden; dagegen sollen die auf diese Nebenkaution erwachsenen Verzugszinsenforderungen als barzuzahlende Ansprüche im geringsten Gebot berücksichtigt werden;[12]) oder:

Auf Antrag des N. N. und mit Zustimmung der Pfandbriefbank Felden wurde folgende besondere Versteigerungsbedingung aufgestellt: die Nebenkaution zu Hypothek 1/I der Pfandbriefbank Felden, die eigentlich im vollen Betrag als Bestandteil des geringsten Gebots aufrecht zu erhalten wäre, aber bis heute nur in Höhe von 49.50 *M* valutiert ist, soll durch den Zuschlag in Höhe des nicht valutierten Betrages von 1950.50 *M* erlöschen und demgemäß im geringsten Gebot nur mit dem Betrag von 49.50 *M* berücksichtigt werden.[13])

b) Falls durch besondere Versteigerungsbedingung nur der Eintritt einer Bargebotserhöhung ausgeschlossen werden soll:

Auf Antrag des N. N. wurde folgende besondere Versteigerungsbedingung aufgestellt: obwohl auf die zur Hypothek 1/I eingetragene und im geringsten Gebot als bestehenbleibendes Recht berücksichtigte Nebenkaution von 2000 *M* bis heute nur Forderungen in Höhe von 49.50 *M* entstanden sind, soll keine Bargebotserhöhung stattfinden, soweit sie nach den gesetzlichen Bestimmungen auf Grund dieser Verhältnisse einzutreten hätte.

[12]) Der Nachsatz dürfte überflüssig sein, wenn das Hauptsachehypothekrecht auf die Leistung von Verzugszinsen erweitert wurde.

[13]) Diese Fassung hat unter Umständen den Nachteil, daß die Bank für die vom Zuschlag bis zum Verteilungstermin laufenden Verzugszinsen keine Deckung mehr hat; der Nachteil dürfte aber nicht bestehen, wenn das Hauptsachehypothekrecht entsprechend erweitert wurde.

Kleine Mitteilungen.

Zwangsvollstreckung auf Grund gemeindlicher Ausstandsverzeichnisse. Die Bestimmungen der ZPO. über die Zwangsvollstreckung finden in der Regel nur auf solche Schuldtitel Anwendung, die in der ZPO. selbst behandelt sind. Gemäß § 801 ZPO. sind aber die Bundesstaaten ermächtigt, im Wege der Gesetzgebung — nicht auf dem Verordnungsweg — die gerichtliche Zwangsvollstreckung auch auf Grund anderer als zivilprozessualer Schuldtitel zuzulassen und über die Art dieser Zwangsvollstreckung besondere Vorschriften zu treffen. Von dieser Befugnis hat Bayern in den Art. 4 ff. AG. ZPO. vom 26. Juni 1899 Gebrauch gemacht und hat landesgesetzlich das Vollstreckungsrecht der Verwaltungsbehörden geregelt. Durch Art. 7 dieses Gesetzes ist bestimmt, daß bei Vollstreckungen im Verwaltungszwangsverfahren die Vorschriften der ZPO. anzuwenden sind. Gemäß Art. 8 stehen die Ausstandsverzeichnisse der Gemeinden als Schuldtitel den Urkunden der Finanzbehörden gleich; es kann auf Grund solcher Verzeichnisse die gerichtliche Zwangsvollstreckung erfolgen, wenn die Voraussetzungen des Art. 48 GemO. gegeben sind. Es finden also auch für diese Schuldtitel bei Durchführung der Zwangsvollstreckung die Bestimmungen der ZPO. und zwar die sämtlichen Vorschriften in den §§ 704 bis 882 und 899 bis 945 Anwendung, da in Art. 7 AG. ZPO. Ausnahmen nicht vorgesehen sind.

Nun hat aber die bayer. Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 28. April 1900 (JMBl. S. 621 ff.) im § 205 Abs. III in den beiden Schlußsätzen angeordnet, daß der Gerichtsvollzieher den Schuldtitel nur auf Verlangen der auftraggebenden Behörde zustellen und, wenn ihm kein solcher Auftrag erteilt wird, nicht zu prüfen hat, ob der Schuldtitel schon zugestellt ist. Auf Grund dieser Anweisung werden zuweilen durch die Gerichtsvollzieher bei Schuldnern von Gemeinden Pfändungen vorgenommen, ohne daß die Voraussetzungen des nach landesgesetzlicher Vorschrift (Art. 7 AG. ZPO.) anzuwendenden § 750 Abs. 2 ZPO. erfüllt sind, wonach die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn vorher oder gleichzeitig der Schuldtitel — im gegebenen Falle also das vollstreckbare Ausstandsverzeichnis — zugestellt ist.

Diese Vorschrift der ZPO. enthält eine Schutzbestimmung für den Schuldner und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb in einem Zwangsvollstreckungsverfahren auf Grund eines gemeindlichen Ausstandsverzeichnisses die Interessen des Schuldners nicht in gleicher Weise wie bei Pfändungen auf Grund anderer Vollstreckungstitel geschützt sein sollten. Die allgemeine Vorschrift des Art. 7, die das Zwangsvollstreckungsverfahren in Verwaltungssachen in Einklang bringt mit den Vorschriften der ZPO., bietet keinen Anhaltspunkt dafür, das System der für die Zwangsvollstreckung geltenden allgemeinen Vorschriften zu verlassen und für eine einzelne Art der Pfändung besondere Regeln aufzustellen. Bietet aber das Gesetz diese Möglichkeit nicht, so können im Verordnungsweg Ausnahmebestimmungen nicht getroffen werden, weil das Verordnungsrecht sich innerhalb der Grenzen der Gesetze halten muß und weil solchen Verordnungen Gesetzeskraft nur zukommt, wenn sie vor Geltung der Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 erlassen worden sind.



Das Finanzministerium hat sich in einer Bek. vom 27. Dezember 1899 (FinMBl. 1899 S. 355 ff.) auf diesen Standpunkt gestellt und hat im § 15 die Zwangsvollstreckung auf Grund vollstreckbarer Beschlüsse der Finanzämter nur für zulässig erklärt, wenn die Voraussetzungen des § 750 ZPO. erfüllt sind. Aus dieser Bekanntmachung ist auch zu entnehmen, daß die Administrativmahnung, wie sie in Art. 48 GemO. vorgesehen ist, sich von der Zustellung im Sinne des § 750 ZPO. begrifflich unterscheidet (vgl. auch SeuffBl. 74 S. 284 und JurW. 1890 S. 81 Nr. 12). Auch in der Anordnung des Finanzministeriums vom 22. November 1880 Nr. 2 (FinMBl. S. 477) ist die Anschauung vertreten, daß ein vollstreckbares Ausstandsverzeichnis vor Beginn der Vollstreckung zugestellt werden muß.

Das Vollstreckungsorgan hat **nicht** zu prüfen, ob alle gesetzlichen Vorbedingungen einer Vollstreckbarkeitserklärung erfüllt oder von der Gemeindeverwaltung als erfüllt erachtet worden sind; diese Frage hat die Behörde zu prüfen, welche den Vollstreckungsauftrag erteilt. Geprüft muß aber werden, ob das Ausstandsverzeichnis zugestellt ist, das die Grundlage für die Vollstreckung bildet; es darf die zwangsweise Beitreibung nur durchgeführt werden, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten des Verfahrens gewahrt sind. Es kann die landesgesetzlich vorgeschriebene Anwendung des § 750 ZPO. durch Verordnung nicht ausgeschlossen werden, und es können über die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Vollstreckung durch Verwaltungsanordnungen nicht abweichende Vorschriften getroffen werden.

Pfändungen, die von Gerichtsvollziehern unter Außerachtlassung der Bestimmung des § 750 ZPO. über die Bedingungen für den Beginn einer Zwangsvollstreckung vorgenommen werden, können allenfalls durch gerichtliche Entscheidung als unzulässig erklärt und als nichtig und unwirksam aufgehoben werden, und es kann ein späterer Pfandgläubiger, der auf Grund eines zugestellten Schuldtitels Pfändung erwirkt hat, die Pfandsache einem früheren Pfandgläubiger entziehen, der auf Grund eines Ausstandsverzeichnisses ohne Zustellung pfänden ließ. Es können hieraus unter Umständen Rückgriffsansprüche entstehen.

Es ergibt sich aus dem Wortlaut der Schlußsätze des § 205 GeschAnw. f. GerVollz. und aus seiner Anwendung durch die Gerichtsvollzieher für einen Ausnahmefall eine Unregelmäßigkeit, die der dienstaufsichtführende Richter auch nicht gemäß § 207 der Dienstesvorschriften für Gerichtsvollzieher im Wege einer dem Sinne des Gesetzes entsprechenden und die Durchführung seiner Grundsätze ermöglichenden Auslegung beseitigen kann, weil die Gerichtsvollzieher sich an den Wortlaut ihrer Geschäftsanweisung für gebunden erachten.

Es dürfte deshalb zu erwägen sein, ob nicht eine Aufhebung der mehrerwähnten Anordnung des § 205 GeschAnw. f. GerVollz. oder doch eine Abänderung und Erläuterung angezeigt ist.

Oberamtsrichter **Schmitt** in Klingenberg.

Anwendbarkeit des § 930 Abs. 3 ZPO. bei Veräußerung gepfändeter Sachen? Wie sind seine Voraussetzungen darzutun? Bei einem Schuldner sind mehrere Sachen auf Grund eines Arrestes gepfändet, aber in seinem Gewahrsam belassen worden; er veräußert einen Teil, begeht also einen Pfandbruch. Kann der Gläubiger die Versteigerung der übrigen Sachen und die Hinterlegung des Erlöses verlangen?

Unmittelbar ist § 930 Abs. 3 ZPO. nicht anwendbar. Die Veräußerung eines Teiles der gepfändeten Sachen setzt die übrigen weder der Gefahr einer beträchtlichen Wertverringerung aus, noch bewirkt sie, daß ihre Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten verursacht. Man kann demgegenüber aber folgendes ausführen: Durch die Veräußerung eines Teiles der gepfändeten Sachen ist (wenigstens regelmäßig) dargetan, daß die Befriedigung des Gläubigers aus den übrigen Sachen oder seine durch die Pfändung bewirkte Sicherung gefährdet ist, wenn die Sachen länger im Gewahrsam des Schuldners bleiben. Es kommt daher zunächst in Frage, daß der Gerichtsvollzieher sie aus dem Gewahrsam des Schuldners wegschafft (§ 808 Abs. 2) und anderswie verwahrt. Das macht unter Umständen unverhältnismäßige Kosten (man denke z. B. an Tiere). Liegen solche Umstände vor, so ist § 930 Abs. 3 anwendbar, während andernfalls eben nur eine andere Art der Verwahrung in Frage kommt.

Wie hat nun der Gläubiger darzutun, daß die Voraussetzungen des § 930 Abs. 3 vorliegen?

Für den Regelfall werden allerdings keine besonderen Schwierigkeiten entstehen. Ob eine Sache der Gefahr beträchtlicher Wertverringerung ausgesetzt ist oder ob ihre Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten verursacht, kann der Richter regelmäßig entscheiden, ohne daß ihm etwas Besonderes dargetan werden muß. Schwieriger wird es aber, wenn der Richter nicht entscheiden kann, ohne daß ihm gewisse Tatsachen noch besonders erhärtet werden. Wie hat der Gläubiger z. B. in dem vorhin erwähnten Falle darzutun, daß der Schuldner einen Teil der verpfändeten Sachen veräußert hat?

Man könnte daran denken, daß der Gläubiger den Verkauf glaubhaft machen muß, da es sich um eine Bestimmung des Arrestverfahrens handelt. Diese erleichterte Form des Beweises, die allerdings wieder dadurch erschwert ist, daß die Beweisaufnahme sofort möglich sein muß (§ 294 Abs. 2), ist aber nur in den vom Gesetz ausdrücklich genannten Fällen zulässig.[1] Ausdrücklich ist nun zwar in § 930 Abs. 2 für den Anspruch und den Arrestgrund gesagt, daß sie glaubhaft zu machen sind. Für den Fall des § 930 Abs. 3 besteht aber keine entsprechende Bestimmung. Vielmehr muß folgendes gelten: Die Anordnung des § 930 Abs. 3 ist eine Maßregel des Arrestvollzugs. Da nach § 928 auf ihn die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechend anzuwenden sind, so ist die Anordnung als ein Vorgang der Zwangsvollstreckung zu behandeln. Sie wird übrigens auch nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung durch das Vollstreckungsgericht getroffen, also in einem Verfahren, bei dem nach der Wahl des Gerichts eine mündliche Verhandlung stattfinden kann (§ 764 Abs. 3). Erfolgt keine mündliche Verhandlung, so kann das Gericht entweder auf Grund des vom Gläubiger eingereichten Gesuches und dessen Unterlagen entscheiden oder erst dem Schuldner Gelegenheit zu einer schriftlichen Erklärung geben. Es kann aber auch in diesem rein

[1] Vgl. Stein, Komm. zu ZPO., 10. Aufl., erl. V A zu § 128.



schriftlichen Verfahren schon eine Beweisaufnahme stattfinden. Es können z. B. neben dem Urkundenbeweis[2]) recht wohl Zeugen und Sachverständige vernommen werden. Wenn also in dem erörterten Falle der Gläubiger Zeugenbeweis dafür antritt, daß der Schuldner einen Teil der im Arrestwege gepfändeten Sachen veräußert hat, so ist dieser Beweis zu erheben.[3]) Häufig wird das Gericht aber mündliche Verhandlung anordnen, sei es, daß ihm dies zur Klärung der Sache angemessen erscheint, oder daß der Gläubiger den Beweis durch Eideszuschiebung antritt, ein Beweis, der nur in dem nach Anordnung einer mündlichen Verhandlung stattfindenden Verfahren erhoben werden kann.[3a]) Man wird sogar annehmen müssen, daß in einem solchen Falle für das Gericht eine Verpflichtung besteht, mündliche Verhandlung anzuordnen.[4])[5])

Rechtsanwalt Dr. Lesser in Posen.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Verletzung der Fürsorgepflicht der dienstberechtigten öffentlich-rechtlichen Körperschaft durch den satzungsmäßig berufenen Vertreter. Aus den Gründen: Zwischen der beklagten Stiftung und dem Heizer S. bestand ein Dienstverhältnis, aus dem sich für ihren gesetzlichen Vertreter die nach § 618 BGB. begründeten Pflichten ergaben. Schuldhafte Verletzung durch ihn macht die Beklagte nach §§ 31, 89, 618 Abs. 3, 844 BGB. den Hinterbliebenen des S. schadensersatzpflichtig. S. hatte zur Erwärmung des Schornsteins der Luftheizungsanlage sog. Lockfeuer anzulegen. Dies geschah früher durch ein Türchen außen im Schornstein. Die Oeffnung wurde aber 1909 auf Anraten eines Sachverständigen vermauert. Das Lockfeuer mußte seitdem von einem neben dem Rauchkanal herlaufenden Schlupfkanal aus angelegt werden. Im Oktober 1911 wurde S. durch Gase erstickt im Schlupfkanal tot aufgefunden. Ob die Anordnung des Zumauerns der Oeffnung im Schornstein schuldhaft war, kann unerörtert bleiben. Die mangelnde Erfüllung der Aufsichtspflicht, das Unterlassen von Sicherheitsmaßregeln und der Ueberwachung ihrer Anwendung hat das BG. dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten mit Recht vorgeworfen. Es führt zutreffend aus, nach dem Ausscheiden des Sachverständigen habe der gesetzliche Vertreter nicht einfach die Hände in den Schoß legen noch sich bei dem Gedanken beruhigen dürfen, eine Gefahr bei der Anlage sei „ein für allemal“ beseitigt. Das BG. hebt hervor, welche Bedenken er mit Rücksicht auf die Art der Anlage, auf ihr Alter und die Schwierigkeit ihrer Bedienung bei pflichtmäßiger Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt habe hegen müssen. Er konnte nicht annehmen, daß der Sachverständige für alle Zukunft die Heizungsverhältnisse gefahrlos gestaltet habe. Der Umstand, daß die bisher zum Anlegen der Lockfeuer benutzte Oeffnung vermauert war, mußte ihn zum Nachdenken darüber veranlassen, wo jetzt das Lockfeuer werde entzündet werden, und ob das gefahrlos geschehen könne. Die Anstände, die in der Heizzeit 1910/1911 wegen ungenügender Wärme in den Stiftungsräumen hervortraten, mußten ihm das bisher verwandte Abhilfemittel, das Lockfeuer, ins Gedächtnis zurückrufen, und er mußte alsdann, um seiner Aufsichtspflicht zu genügen, sich davon überzeugen, ob die Anlegung des Feuers vom Schlupfkanal aus mit Gefahren verbunden und wie diesen vorzubeugen sei. Dieser eigenen Aufsichtspflicht wurde der gesetzliche Vertreter auch nicht ledig, wenn Personen vorhanden waren, deren er sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 618 gegenüber dem Erblasser der Kläger bediente. Uebrigens würde für das solchen Personen zur Last fallende Verschulden die Beklagte nach § 278 BGB. haften. Dem Verstorbenen gereichte es anderseits nicht zum Verschulden, daß er sich zum Anzünden des unentbehrlichen Lockfeuers in den Schlupfkanal begab. Es mag der Beklagten zugegeben werden, daß er sein Unternehmen als gefährlich kannte. Allein er hat sich nicht leichtfertig sondern aus Pflichttreue in die nach der Eigenart der Anlage nun einmal mit seinem Dienste verbundene Gefahr begeben. Er hat sich für verpflichtet gehalten, lieber die Gefahr einer Gesundheitsbeschädigung auf sich zu nehmen, als seinen Dienst zu vernachlässigen. Zugleich hat er unter dem Drucke der — vielleicht unbegründeten — Furcht gehandelt, er werde seine Stelle verlieren, wenn er nicht für ordnungsmäßigen Gang der Heizung sorgte. Das BG. findet das Verschulden des S. darin, daß er nicht Schutzmaßregeln angeregt hat. Aber mit dieser Unterlassung hat er nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstoßen. Sein Dienst brachte es mit sich, daß sich bei ihm eine gewisse Gleichgültigkeit gegen die Gefahr einstellte. Zudem ist es begreiflich, daß er nicht gern Schwierigkeiten bereitete und sich durch das Erheben besonderer Ansprüche möglicherweise mißliebig machte. Er durfte erwarten, daß Sicherungsmaßnahmen, wenn nötig und erfolgversprechend, von der Verwaltung ausgehen würden. Wollte man aber die Unterlassung der Anregung als schuldhaft ansehen, so wäre doch das Verschulden des gesetzlichen Vertreters, der die gefahrvolle Anlage bestehen ließ, sich um den Dienst und das Ergehen der Heizer nicht kümmerte, obwohl ihm die gesamte Verwaltung oblag, das grundlegende, die Möglichkeit für den Unfall setzende und derart überwiegend, daß das geringfügige des S. als den Schaden verursachend überhaupt nicht in Betracht kommen und an der vollen Ersatzpflicht der Beklagten nichts ändern würde. (Urt. d. III. ZS. vom 17. Februar 1914, III 534/1913). —a—

3288

II.

Mitwirkendes Verschulden, ursächlicher Zusammenhang. Aus den Gründen: Die Klägerin hatte als Lehrerin freie Dienstwohnung im Schulgebäude. Auf dem vereisten und infolgedessen glatten Wege zu der auf dem Schulhofe stehenden Pumpe, von der sie Wasser

---

[2]) Auf diese will Kann, Komm. zu ZPO., Erl. 4 b, cc zu § 128, zu Unrecht die Beweismittel beschränkt sehen.

[3]) Ueber die Grundsätze des Verfahrens bei Nichtanordnung der mündlichen Verhandlung vgl. z. B. Stein, Erl. V A zu § 128.

[3a]) Ueber die Grundsätze dieses Beweisverfahrens vgl. z. B. (nicht ganz übereinstimmend) Stein, Erl. V B 3, 4; Kann, Erl. 4 b, dd, a zu § 128, dort auch Literatur. Eidesbeweis wird allgemein als zulässig angenommen (vgl. z. B. RG. Bd. 50 S. 369, Bd. 54 S. 311), und zwar stets auch ohne die Voraussetzungen des § 461; Auferlegung durch (unbedingten) Beschluß. (Nicht ganz unbestritten; vgl. Stein und Kann a. a. O.)

[4]) Vgl. Stein, Erl. V A zu § 128.

[5]) Wenn also das Landgericht Ostrowo als Beschwerdegericht in einem solchen Falle die Zurückweisung eines Antrages aus § 930 Abs. 3 deswegen für begründet gehalten hat, weil der Gläubiger, obobwohl es sich um ein Arrestverfahren handele, die Veräußerung eines Teiles der gepfändeten Sachen nicht glaubhaft gemacht, sondern Zeugenbeweis angetreten habe, so ist dies kaum richtig.

holen wollte, stürzte sie und zog sich Verletzungen zu. Der Schulverband wurde zum Schadensersatz verurteilt. Die Revision rügt, das BG. habe mit Unrecht ein mitwirkendes Verschulden der Klägerin verneint, die sich der offenliegenden Gefahr bewußt ausgesetzt habe. Die Rüge ist unbegründet. Es entspricht keineswegs der Rechtsprechung des RG., daß schuldhaft handelt, wer sich einer Gefahr bewußt aussetzt. Schuldhaft handelt vielmehr nur, wer sich ohne Not in Gefahr begibt. Hier war die Klägerin auf die Pumpe angewiesen, um sich das Wasser zu holen. Wenn sie nun hoffen konnte, daß sie bei vorsichtigem Gehen ohne Unfall ihren Zweck erreichte, und wenn sie weder unvorsichtig noch leichtfertig verfahren ist, so genügen diese Feststellungen, um ein Verschulden auszuschließen. Es wäre eine Prämie auf die Verletzung der Pflicht des Beklagten, wenn man ihm die Berufung darauf gestatten wollte, die Klägerin hätte die Benutzung der Pumpe unterlassen müssen, weil sich der Zugang zur Pumpe in einem offensichtlich nicht gefahrfreien Zustande befunden habe. Es kann nur darauf ankommen, ob die Klägerin bei der Benutzung die auch für sie erkennbare Gefährlichkeit des Zugangs leichtsinnigerweise nicht genügend beachtet hat. Eine solche Feststellung hat das BG. aber nicht getroffen. Das BG. ist bei Prüfung der Frage nach dem ursächlichen Zusammenhang von den in der Rechtsprechung des RG. ständig angenommenen Grundsätzen ausgegangen. Nach seiner Feststellung sind die bei der Klägerin seit dem Unfall eingetretenen Bewegungs- und Gefühlsstörungen ihrer rechten Hand und ihres rechten Armes durch den Unfall hervorgerufen. Mag nun bei der Klägerin schon vor dem Unfalle eine krankhafte Anlage zur Hysterie, oder eine Krankheit selbst, Hysterie, vorhanden gewesen sein, und mögen die erwähnten Störungen durch den Unfall infolge der vorhandenen krankhaften Anlage oder der vorhandenen Krankheit ausgelöste Folgen sein, so wird dadurch der ursächliche Zusammenhang nicht ausgeschlossen. Ohne Rechtsirrtum hat das BG. angenommen, daß dies zu einer Beschränkung der Schadensersatzpflicht nicht führen könne. Daß aber die Hysterie keinesfalls eine Beschränkung des Gebrauchs einer Hand zur Folge gehabt hat, ist vom BG. tatsächlich festgestellt. Die Klägerin hat ja auch bis zum Unfall ihre rechte Hand unbeschränkt gebrauchen können. Danach hat das BG. auch ohne Rechtsirrtum angenommen, daß es sich bei der Verminderung der Gebrauchsfähigkeit der rechten Hand nicht um die Verschlimmerung eines vorher gegebenen Zustandes, sondern um ein neues Leiden handle. Es kommt daher gar nicht darauf an, ob bei der Klägerin vor dem Unfalle nicht nur eine Anlage zur Hysterie, sondern ein hysterisches Leiden bestanden hat. (Urt. d. III. ZS. v. 28. April 1914, III 63/14). —a—

3389

III.

Der „wichtige Grund" zu fristloser Kündigung des Dienstverhältnisses. Aus den Gründen: Mit Recht hebt das BG. hervor, daß die Bestimmung des § 626 BGB. zwingendes Recht enthalte. Diese Eigenschaft hindert aber nicht, daß über die Wichtigkeit von Gründen zu fristloser Kündigung des Dienstverhältnisses vertragsmäßige Bestimmungen getroffen werden. Durch Vertrag kann Tatsachen, die an sich einen wichtigen Grund darstellen würden, unter besonderen Voraussetzungen diese Bedeutung genommen werden. Sollen nach dem Vertrage gewisse Tatbestände nur dann einen wichtigen Grund bilden, wenn im einzelnen festgesetzte erschwerende Umstände obwalten, so können sie ohne das Vorliegen dieser Umstände nicht auf Grund des § 626 BGB. als wichtige Gründe zur Auflösung des Dienstverhältnisses verwertet werden. Insofern ist die vertragliche Regelung schlechthin maßgebend. Das schließt aber nicht aus — und darin zeigt sich die zwingende Natur der Gesetzesvorschrift — daß Tatbestände, denen der Vertrag die Wichtigkeit nicht abspricht, und die er nicht nur unter Beschränkungen als wichtige Gründe zuläßt, nach § 626 als vertragauflösend zu gelten haben. Der Vertrag der Streitteile knüpft an eine Reihe von Handlungen und Unterlassungen des Klägers für die Beklagte das Recht ihn sofort zu entlassen. Diese Handlungen und Unterlassungen sind nur dann wichtige Gründe, wenn sie die im Vertrage erforderten Merkmale aufweisen. Das BG. findet nun einen von den Vertragsbestimmungen unabhängigen wichtigen Grund darin, daß der Kläger die Absage seiner Mitwirkung bei der Theatervorstellung in einer Weise „mit seinen angeblichen Geldforderungen verquickt" habe, daß es der Theaterleitung nicht wohl zuzumuten gewesen sei, das Verhältnis mit ihm weiterbestehen zu lassen. Der Kläger habe zwar ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Gehaltsrückstände geltend machen wollen. Er habe aber kein solches Recht gehabt, seine Gehaltsansprüche selbst als zweifelhaft erkannt und dadurch ein sittenwidriges Verhalten an den Tag gelegt, daß er mit der Absage einen Druck auf die Beklagte ausübte. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts dürfe nicht dazu führen, dem anderen Teile einen unverhältnismäßigen Schaden zuzufügen. Das ganze Verhalten des Klägers sei eine so schwere Pflichtverletzung, daß die Beklagte, schon um der erforderlichen Theaterzucht willen, es sich nicht habe bieten lassen dürfen. Der Bewertung dieses Verhaltens als eines wichtigen Grundes stehen allerdings Bestimmungen des Vertrages in dem hier dargelegten Sinne nicht entgegen, allein die Ausführungen des BG. lassen zum Teil eine Verkennung des Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes ersehen, zum Teil eine prozeßgerechte Feststellung der zur Begründung verwandten Tatsachen vermissen. Richtig ist, daß unter Umständen auch die Geltendmachung eines Rechtes, insbesondere des Zurückbehaltungsrechts, gegen Treu und Glauben verstoßen und einen Grund zu fristloser Kündigung ergeben kann. Aber damit dies angenommen werden kann, bedarf es der einwandfreien Feststellung ganz besonderer Verhältnisse. (Wird ausgeführt, daß es daran hier fehlt). (Urt. d. III. ZS. v. 1. Mai 1914, III 33/14). —a—

3390

IV.

Verschwiegenheitspflicht des Bankiers. Aus den Gründen: Das BG. hat den beklagten Bankier für haftbar erklärt, weil er durch seine schriftlichen und mündlichen Mitteilungen an B., die dieser bei seinem Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung verwertet hat, seine Vertragspflichten gegenüber dem Kläger schuldhaft verletzt habe. Dem ist im Ergebnis beizupflichten. Wenn der Bankier die Aufträge eines Kunden an ihn und das Verhalten des Kunden im Geschäftsverkehr mit ihm bekannt gibt, ist in der Mitteilung derartiger geschäftlicher Angelegenheiten durch den Bankier an einen Dritten allerdings nicht die Preisgabe eines Geschäftsgeheimnisses zu finden (vgl. über den Begriff des Geschäftsgeheimnisses: JW. 1912, 601; RG. 53, 42; RGSt. 29, 426). Allein es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Bankier seinem Kunden gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Dies wird auch in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt. Der Bankier steht in einem besonderen Vertrauensverhältnis zu seinem Auftraggeber, und bei ihrem Geschäftsverkehre handelt es sich um Angelegenheiten des Auftraggebers, in die dieser mit Recht unbeteiligten Dritten keinen Einblick gestattet. Dementsprechend war auch der mit der Regelung und Versilberung des Nachlasses eines Angehörigen des Klägers beauftragte beklagte Bankier verpflichtet, über den Inhalt der ihm erteilten Aufträge und besonders auch über die „auffällige Eile", mit der der Kläger auf schnelle Verwertung der Nachlaßgegenstände und Abführung des Erlöses drängte, Stillschweigen zu beobachten. Da er aus dem Verhalten des Klägers ersah, daß diesem

an schleuniger Versilberung des Nachlasses und an sofortiger Verwertung der eingezogenen Gelder viel gelegen war, durfte er nicht den Wünschen und Interessen seines Auftraggebers entgegenarbeiten, indem er durch seine Mitteilungen an B. für dessen Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung die erforderlichen Unterlagen beschaffte und so dazu mitwirkte, daß dem Kläger die Verfügungsgewalt über die Nachlaßgegenstände und die Möglichkeit sofortiger Verwertung ihres Erlöses entzogen wurde. Durch dieses Handeln gegen die ihm erkennbaren Interessen des Klägers verletzte der Beklagte schuldhaft seine Vertragspflichten. Die Vertragsverletzung kann nicht etwa deshalb verneint werden, weil der beklagte Bankier die Mitteilung zur Verwertung in einem gerichtlichen Verfahren gemacht und ein Recht zur Zeugnisverweigerung nicht gehabt habe. Abgesehen davon, daß ein Bankier auf Grund des § 383 Nr. 5 ZPO. sein Zeugnis über die Angelegenheiten seines Auftraggebers verweigern kann, auf die sich seine Verpflichtung zur Verschwiegenheit bezieht (Bayer. ObLG. 1, 290; Elf. 22, 291) und nach richtiger Ansicht seinem Auftraggeber gegenüber auch verpflichtet ist, von seinem Zeugnisverweigerungsrechte Gebrauch zu machen (RGZ. 53, 317; Stein III, 2 zu § 383), hat hier der Beklagte gar nicht unter dem Einflusse der Zeugnispflicht gehandelt, sondern ganz freiwillig auf Anfrage des B. seine schriftlichen und mündlichen Erklärungen abgegeben. (Urt. d. III. ZS. v. 28. April 1914, III 527/13). —a—

3388

V.

Zu §§ 1298, 1300 BGB.: Der Schadensersatzklage wegen Bruchs des Verlöbnisses kann der beklagte Teil nicht mit dem Einwande begegnen, daß das Verhalten des klagenden Teiles nach dem Rücktritt, insbesondere im Prozeß, den Rücktritt rechtfertige, oder daß er jetzt wieder zur Eheschließung mit dem klagenden Teile bereit sei. Aus den Gründen: Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz eingehend geschildert, wie sich die Beziehungen zwischen den Parteien bis zu dem Verlöbnis entwickelt haben. Sie hat dabei auch angegeben, sie habe im Frühjahr 1910 geglaubt, schwanger zu sein; der Beklagte habe sie zu bewegen versucht, sich die Frucht abtreiben zu lassen; sie habe sich jedoch geweigert und sich deswegen Vorwürfe von dem Beklagten gefallen lassen müssen. Der Beklagte hat bestritten, jemals ein derartiges Ansinnen an die Klägerin gestellt zu haben, und erklärt, eine derartige unwahre Beschuldigung gebe ihm einen hinreichenden Grund zum Rücktritt vom Verlöbnis. Das OLG. hat diese Ansicht des Beklagten für unzutreffend angesehen, weil der Beklagte schon vor dem Beginne des Prozesses vom Verlöbnis zurückgetreten gewesen sei und weil es sich ferner um eine Behauptung handle, welche die Klägerin in Wahrnehmung ihrer vom Beklagten bestrittenen Rechte im Prozeß geltend gemacht habe. Die hiergegen erhobene Rüge ist unbegründet. Das BGB. gewährt den Verlobten keinen Rechtsanspruch auf Erfüllung ihrer durch den Verlöbnisvertrag wechselseitig abgegebenen Eheversprechen und keine Möglichkeit, den anderen Teil zur Aufrechterhaltung des Verlöbnisses zu zwingen (§ 1297). Es gestattet vielmehr jedem Verlobten den einseitigen Rücktritt von dem Verlöbnis und knüpft hieran nur für den Fall, daß der Rücktritt ohne wichtigen Grund erfolgt, eine in den §§ 1298, 1300 BGB. näher begrenzte Schadensersatzpflicht. § 1298 Abs. 3 bestimmt, daß die in den ersten beiden Absätzen näher geregelte Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; diese Vorschrift kann sich indessen nur auf den Fall beziehen, daß der wichtige Grund bereits im Zeitpunkte des Rücktritts besteht. Denn die Zulassung eines späteren Ereignisses als Rechtfertigung des bereits vorher erfolgten Rücktritts hätte zur Folge, daß die im Zeitpunkte des Rücktritts mangels eines wichtigen Grundes eingetretene Ersatzpflicht nachträglich wieder fortfallen könnte, und von einem Erlöschen einer einmal eingetretenen Ersatzpflicht ist weder im § 1298 BGB. noch an einer anderen die Folgen des Rücktritts vom Verlöbnis regelnden Stelle des Gesetzes die Rede. Vielmehr ist auch im § 1299 BGB., der eine Ersatzpflicht des Verlobten festsetzt, der den Rücktritt des andern durch ein einen wichtigen Grund bildendes Verschulden „veranlaßt", dem klaren Wortlaute nach ein im Zeitpunkte des Rücktritts vorliegender Grund vorausgesetzt. Der Senat hält daher an der von ihm bereits früher ausgesprochenen Ansicht fest, daß ein erst nach der Rücktrittserklärung entstandener Rücktrittsgrund gegenüber der Schadensersatzklage aus §§ 1298 ff. BGB. nicht in Betracht kommen kann (Urt. vom 18. April 1907 IV 459/96). Das OLG. hat hiernach mit Recht das Verhalten der Klägerin im Prozeß zur Rechtfertigung des auf § 1298 Abs. 3 BGB. gestützten Einwandes des Beklagten für ungeeignet erklärt, weil es sich dabei um eine Tatsache aus der Zeit nach dem Rücktritt handelt. Aber auch wenn dieser Grund nicht zuträfe, wäre der Revision nicht beizutreten. Da der einseitige Rücktritt eines Verlobten, gleichviel ob er mit oder ohne wichtigen Grund erfolgt, die Aufhebung des Verlöbnisses bewirkt, so wird dadurch zugleich der andere Teil von der durch das Verlöbnis begründeten Verpflichtung frei, sein Verhalten dem gegebenen Eheversprechen gemäß einzurichten. Er ist daher auch nicht verpflichtet, in einem nach der Aufhebung des Verlöbnisses auf Grund der §§ 1298 ff. anhängig gemachten Prozeß bei der Ausführung seiner Rechte auf die Person des Gegners besondere Rücksicht zu nehmen, und die Aufstellung von Prozeßbehauptungen, die geeignet sind, die Persönlichkeit des zurückgetretenen Teils bloßzustellen, kann diesem demgemäß keinen wichtigen Grund zur nachträglichen Rechtfertigung seines Rücktritts geben. Die Revision zieht zum Vergleich den Fall heran, daß ein ohne wichtigen Grund entlassener Dienstverpflichteter Ansprüche wegen ungerechtfertigter Entlassung geltend macht; allein hier hat der Mangel des wichtigen Grundes das Fortbestehen des Dienstvertrags und der daraus für beide Teile entspringenden Pflichten zur Folge, so daß der klagende Dienstverpflichtete, der die Entlassung nicht gelten lassen will, dem anderen Teile gegenüber zu einem dem Dienstverhältnis entsprechenden Verhalten verpflichtet bleibt und durch eine Verletzung dieser Pflicht dem Gegner möglicherweise einen Grund zur nunmehrigen Aufkündigung des Vertrags gibt; dieser Fall ist also wesentlich anders gelagert. Näher liegt der Vergleich mit der im Ehescheidungsprozesse für die Parteien bestehenden Pflicht, bei der Aufstellung von Prozeßbehauptungen die Rücksicht auf die Person des Gegners zu wahren und deshalb gewisse Grenzen einzuhalten, allein auch er versagt. Denn diese Verpflichtung beruht darauf, daß die Ehe noch besteht und infolgedessen auch die durch sie begründete Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme andauert, während bei Prozessen wegen Schadensersatzes auf Grund der §§ 1298 ff. BGB. die Aufhebung des Verlöbnisses und der Wegfall aller aus dem Verlöbnis entspringenden Pflichten vorausgesetzt ist. Auf einer Verkennung der Wirkungen des Rücktritts vom Verlöbnis beruht die Behauptung der Revision, daß der Beklagte noch während des Prozesses sich hätte zur Heirat entschließen können, wenn ihm das nicht durch die von der Klägerin erhobene Beschuldigung unmöglich gemacht worden wäre. Die Revision geht anscheinend davon aus, daß es im Belieben des Beklagten gestanden hätte, durch die Erklärung der Bereitwilligkeit zur Eheschließung die Klägerin klaglos zu stellen. Das ist unrichtig. Da der Rücktritt vom Verlöbnis dessen Aufhebung bewirkt, kann er nicht durch einseitige Erklärung des zurückgetretenen Teils ungeschehen gemacht werden, es bedarf vielmehr zur Beseitigung seiner Wirkungen eines neuen Verlöbnisvertrags, der die Willenseinigung beider Teile voraussetzt. Ein Recht hierauf stand dem Beklagten nicht zu, es hing vielmehr, wenn er sich zur Eheschließung



bereit erklärt hätte, noch immer von der freien Entschließung der Klägerin ab, ob sie auf dieses Anerbieten eingehen wollte, und eine Ablehnung von ihrer Seite hätte für sie nicht den Verlust des Schadensersatzanspruchs zur Folge gehabt, da ihr nach dem grundlosen Rücktritte des Beklagten die Eingehung eines neuen Verlöbnisses mit ihm nicht ohne weiteres zuzumuten war. Es kann daher auch keine Rede davon sein, daß die Klägerin durch ihr Verhalten schuldhafterweise dem Beklagten die Möglichkeit vereitelt hätte, sich von seiner Ersatzpflicht durch Eingehung eines neuen Verlöbnisses mit ihr zu befreien. (Urt. des IV. ZS. vom 5. März 1914, IV 640/13). E.

3359

VI.

1. Das Uebernahmerecht nach § 1477 Abs. 2 BGB. gehört zum Nachlaß und kann deshalb von dem Testamentsvollstrecker ausgeübt werden.

2. Stellung des Testamentsvollstreckers bei der Auseinandersetzung des Gesamtguts.

3. Das Uebernahmerecht kann schon vor der Tilgung der Gesamtgutsverbindlichkeiten und der Teilung ausgeübt werden, wenn andere Gesamtgutsgegenstände zur Versilberung zur Verfügung stehen und ihr Erlös zur Deckung der Gesamtgutsverbindlichkeiten ohne Zweifel hinreicht. Der Erblasser C. hat mit seiner Frau, der Beklagten, bis zu seinem Tode in Gütergemeinschaft gelebt. In seinem Testamente hat er auf Grund landesrechtlicher Vorschriften die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausgeschlossen, die Frau auf den Pflichtteil gesetzt, eine Anzahl Vermächtnisse angeordnet, das Fräulein R., jetzt Frau A., zur Hälfte und seine beiden Töchter zu je einem Viertel als Vorerben eingesetzt, auf den Erbteil der Frau A. die von ihm ins Leben gerufene C.sche Kunststiftung, auf die Erbteile der Töchter deren Nachkommenschaft als Nacherben berufen und schließlich eine Testamentsvollstreckung angeordnet. Die Testamentsvollstrecker hat er beauftragt, das Gesamtgut zu konstituieren, die Frauenhälfte an die Witwe auszuantworten, die Pflichtteile auszukehren, die Vermächtnisse auszuzahlen und den Rest des Nachlasses dauernd bis zur Ausantwortung an die Nacherben zu verwalten. Der Frau A. ist ein von dem Erblasser in die Ehe eingebrachtes Grundstück als Vorausvermächtnis zugewiesen und dabei bestimmt, das Grundstück sei von den Testamentsvollstreckern unmittelbar nach dem Tode des Erblassers an die Vermächtnisnehmerin aufzulassen, von jeglicher Beschwerung aus Nachlaßmitteln freizumachen, jedoch mit einer auf den Namen der C.schen Erben einzutragenden Hypothek von 200 000 *M* unter Vorbehalt des lebenslänglichen Zinsgenusses für die Vermächtnisnehmerin zu belasten. Die Witwe C. lehnte das Verlangen der Testamentsvollstrecker, ihren Anteil an dem Grundstück gegen Ersatz der Hälfte des Grundstückswerts auf die Erben zu übertragen, ab, und die Testamentsvollstrecker haben darauf gegen sie den Klageweg beschritten, indem sie ihren Anspruch auf § 1477 Abs. 2 BGB. stützten. Die Beklagte bestritt die Aktivlegitimation der Testamentsvollstrecker zur Geltendmachung des Anspruchs aus § 1477 Abs. 2 BGB. und wendete ein, der Anspruch könne zurzeit nicht erhoben werden, weil die Auseinandersetzung des Gesamtgutes noch nicht erfolgt und die Gesamtgutsverbindlichkeiten noch nicht erfüllt seien. Das LG. verurteilte die Beklagte, den Klägern als den Testamentsvollstreckern des C. ihren Halbanteil an dem Grundstücke gegen Zahlung von 190 000 *M* abzüglich der halben Beschwerung zu übertragen und die alleinige Verfügung der Testamentsvollstrecker über das Grundstück zu dulden. OLG. und RG. billigten diese Entscheidung.

Aus den Gründen: Zu 1. Das jedem Gatten beigelegte Recht, gewisse zum Gesamtgute gehörende Gegenstände bei der Teilung gegen Ersatz des Wertes zu übernehmen, enthält eine Aenderung der im übrigen auf die Auseinandersetzung für anwendbar erklärten allgemeinen Teilungsgrundsätze; sie wird in den Motiven (Bd. 4 S. 415) durch Rücksichten der Billigkeit und die besonderen Verhältnisse der Gütergemeinschaft gerechtfertigt, bei der die Gatten regelmäßig auf eine dauernde Vereinigung des beiderseitigen Vermögens für ihre Lebenszeit rechneten. Daß dieses Recht kein höchstpersönliches, unveräußerliches und unvererbliches Recht ist, hat in den Motiven klaren Ausdruck gefunden. Dort ist in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung als selbstverständlich bezeichnet, daß das jedem der Gatten beigelegte Recht auch den etwaigen Rechtsnachfolgern, besonders den Erben, zustehe; ein hinreichender Grund für eine entgegengesetzte Bestimmung ist verneint worden, weil namentlich die Erben des Ehegatten ein Interesse daran haben könnten, die betreffenden Gegenstände zu übernehmen und ihrer Familie zu erhalten (Mot. 4 S. 415). In der Kommissionsberatung wurde beantragt, zu bestimmen, daß das Recht nicht auf die Erben übergehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt ans folgenden Erwägungen: Der Uebergang des Anspruchs auf Uebernahme gewisser Gegenstände auf die Erben sei sicher überall da zu billigen, wo Kinder in Frage ständen oder Angehörige der Familie, aus welcher der zu übernehmende Gegenstand stamme, namentlich weil die Gegenstände oft nur für Angehörige Wert hätten, andererseits es sich auch um Grundstücke usw. handele, die der Familie erhalten werden sollten; aber auch wenn Nichtverwandte, etwa Erbschaftskäufer, in Betracht kämen, sei kein Grund vorhanden, das Recht auf Uebernahme auszuschließen (Mugdan, Mat. Bd. 4 S. 828). Hiernach geht aus den Gesetzesmaterialien zwar hervor, daß im wesentlichen das Interesse des Ehegatten selbst und seiner Familie an der Erhaltung gewisser Gegenstände den Gesetzgeber bestimmt hat, das Uebernahmerecht festzusetzen und seine Uebertragung nicht auszuschließen; andererseits erhellt jedoch mit aller Deutlichkeit, daß man die Ausübung dieses Rechtes nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränken wollte, daß es vielmehr auf alle Rechtsnachfolger des Ehegatten ohne Rücksicht auf ein bestehendes Verwandtschaftsverhältnis hat übergehen und auch außerhalb der Erbfolge z. B. im Wege des Erbschaftsverkaufs hat übertragbar sein sollen. Das ist auch im Gesetze selbst hinreichend ausgedrückt. Die §§ 1474 bis 1477 BGB. regeln die Art der Auseinandersetzung für alle Fälle der Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft und gelten insbesondere auch für den im § 1482 BGB. vorgesehenen Fall, daß die Gütergemeinschaft durch den Tod des einen Ehegatten endigt und die Auseinandersetzung zwischen seinen Erben und dem überlebenden Ehegatten erfolgt. Hätte für diesen Fall etwas Abweichendes gelten, namentlich das Uebernahmerecht des § 1477 Abs. 2 für die Erben des verstorbenen Gatten ausgeschlossen sein sollen, so wäre das durch eine besondere Vorschrift festgesetzt worden, wie es durch die §§ 1478, 1479 für die dort vorgesehenen besonderen Fälle geschehen ist. Dafür spricht auch der § 1502 BGB.: dort hat das Gesetz für den Fall der Auseinandersetzung nach beendeter fortgesetzter Gütergemeinschaft in Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochen, daß das dem überlebenden Ehegatten ebendort eingeräumte bedeutend weitergehende Uebernahmerecht nicht auf die Erben übergehe, und andererseits im Abs. 2 für den dort vorgesehenen Fall anerkannt, daß die anteilsberechtigten Abkömmlinge das Uebernahmerecht des verstorbenen Gatten nach § 1477 Abs. 2 ausüben können.

Ist hiernach davon auszugehen, daß durch § 1477 Abs. 2 BGB. kein höchstpersönliches Recht des Ehegatten oder seiner Erben hat festgesetzt, sondern dem Anspruche auf Auseinandersetzung bei der allgemeinen Gütergemeinschaft eine in gewissen Beziehungen von den allgemeinen Teilungsgrundsätzen abweichende Gestaltung seines Inhalts hat gegeben werden sollen, so ist der Einwand der mangelnden Aktivlegitimation der

Testamentsvollstrecker unbegründet. Der Anteil des Erblassers am Gesamtgute gehört nach § 1482 BGB. zu seinem Nachlasse, da der Erblasser die fortgesetzte Gütergemeinschaft wirksam ausgeschlossen hat. Daraus ergibt sich, daß auch der Anspruch auf Auseinandersetzung des Gesamtguts zum Nachlasse gehört und demgemäß der Verfügung der Testamentsvollstrecker unterliegt, denen der Erblasser die Auseinandersetzung zwischen den Erben, die Erfüllung der Vermächtnisse und die Verwaltung der einzelnen Erbteile während der Dauer der Vorerbschaft aufgetragen hat und die daher in erster Linie zu allen der Feststellung des Nachlaßbestandes dienenden Maßnahmen als berechtigt gelten müssen. Die Testamentsvollstrecker sind demnach zur Ausübung aller sich aus dem Auseinandersetzungsanspruch ergebenden Befugnisse und mithin auch des Uebernahmerechts aus § 1477 Abs. 2 berechtigt. Dies würde nur dann nicht der Fall sein, wenn anzunehmen wäre, daß sie dieses Recht nach dem Willen des Erblassers nicht haben sollen (§ 2208 Abs. 1 BGB.). Ein derartiges Bedenken gegen die Verfügungsmacht der Testamentsvollstrecker besteht indessen nicht und würde insbesondere auch nicht daraus herzuleiten sein, daß die Testamentsvollstrecker die Uebernahme des Grundstücks aus dem Gesamtgute nur gegen Zahlung des Wertes des Grundstücks fordern können, sie also möglicherweise Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen müssen. Denn der Auftrag des Erblassers zur Erfüllung eines Verschaffungsvermächtnisses enthält regelmäßig auch die nach § 2207 BGB. wirksame Ermächtigung für die Testamentsvollstrecker, die zu dem Erwerbe des Vermächtnisgegenstandes unumgänglichen Verpflichtungen für den Nachlaß einzugehen.

Zu 2. Was den zweiten Einwand der Beklagten anlangt, so hat das OLG. im Anschluß an die Ausführungen in den Motiven (Bd. 4 S. 415) und in dem Urteile des RG. vom 9. Februar 1910 (Bd. 73 S. 41) angenommen, daß die Befugnisse aus § 1477 Abs. 2 erst bei der Teilung ausgeübt werden können, den Einwand der Beklagten jedoch zurückgewiesen, weil die Befreiung des als Vermächtnis ausgesetzten Grundstücks vom Miteigentum der Beklagten nichts anderes als ein Akt der Auseinandersetzung sei; die Reihenfolge der einzelnen Auseinandersetzungsakte zu bestimmen, bleibe dem Ermessen der zur Auseinandersetzung berufenen Testamentsvollstrecker überlassen. Diese Ausführungen des OLG.s sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Zu beanstanden ist zunächst die Ansicht, daß die Testamentsvollstrecker zur Vornahme der Auseinandersetzung berufen seien, bei der die Ausübung des Uebernahmerechts aus § 1477 Abs. 2 in Frage kommt. Durch den Tod des Erblassers ist eine zweifache Auseinandersetzung notwendig geworden: zunächst die Auseinandersetzung des Gesamtguts der ehelichen Gütergemeinschaft mit dem Ziele, festzustellen, was von dem Gesamtgute der Witwe C. und was als Anteil des Erblassers dem Nachlaß zufällt, sodann die Auseinandersetzung des Nachlasses mit dem Ziele, die letztwilligen Anordnungen des Erblassers auszuführen. Für die Ausübung des Uebernahmerechts aus § 1477 Abs. 2 kommt nur die Auseinandersetzung des Gesamtgutes in Betracht, die begrifflich der Erbauseinandersetzung vorausgehen muß, weil sich bei ihr erst ergibt, welche Vermögenswerte für die Ausführung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers zur Verfügung stehen. Den Testamentsvollstreckern liegt kraft ihres Amtes nur die Auseinandersetzung des Nachlasses ob (§ 2204 BGB.), bei der sie die Anordnungen des Erblassers nach pflichtmäßigem Ermessen auszuführen haben, ohne an die Wünsche oder die Zustimmung der Beteiligten gebunden zu sein (§ 2203 BGB.). Diese Machtbefugnis der Testamentsvollstrecker erstreckt sich auf alle Gegenstände, die auf Grund der Teilung des Gesamtgutes zur Nachlaßmasse fließen. Dagegen ist die Stellung, welche die Testamentsvollstrecker bei der Auseinandersetzung des Gesamtgutes einnehmen, wesentlich beschränkter. Sie haben hierbei nur insoweit mitzuwirken, als der Nachlaß am Gesamtgute beteiligt ist. Die Auseinandersetzung selbst können sie nicht nach eigenem Ermessen, sondern nur in Gemeinschaft mit der Beklagten vornehmen, die als Teilhaberin am Gesamtgute ihnen selbständig und gleichberechtigt gegenübersteht und in dieser Eigenschaft in ihren Rechten durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht beschränkt ist. Der Erblasser hat zwar anscheinend den Vollstreckern auch die Feststellung und Teilung des Gesamtgutes übertragen wollen. Diese Anordnung vermag aber der Beklagten gegenüber keine Wirksamkeit zu äußern, da deren Anteil am Gesamtgute nicht zum Nachlasse des Erblassers gehört, auf den allein sich seine Befugnis zum Erlasse letztwilliger Anordnungen erstreckt hat. Es ist also nicht richtig, daß die Testamentsvollstrecker, wie das OLG. annimmt, zur Bewirkung der für das Uebernahmerecht des § 1477 Abs. 2 BGB. in Betracht kommenden Auseinandersetzung berufen seien. Daraus ergibt sich aber ferner die Unhaltbarkeit der Ansicht, daß die Testamentsvollstrecker bei dieser Auseinandersetzung die Reihenfolge der einzelnen Akte bestimmen könnten. Sie haben auch in dieser Hinsicht der Beklagten gegenüber keine weitergehenden Befugnisse, als sie die Erben hätten, wenn keine Testamentsvollstreckung stattfände. Sind hiernach auch die Gründe nicht zu billigen, aus denen das OLG. die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Uebernahmerechts als gegeben angesehen hat, so ist doch die Entscheidung auch in dieser Beziehung im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Zu 3. Das Recht, die Auseinandersetzung zu betreiben, steht nach der Aufhebung der Gütergemeinschaft jedem Teilhaber zu. Die Testamentsvollstrecker waren daher sofort nach ihrem Amtsantritt dazu berechtigt. Der Regel nach ist bei der Auseinandersetzung derart zu verfahren, daß zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten getilgt werden und hierfür das Gesamtgut, soweit erforderlich, in Geld umgesetzt wird, daß der darnach verbleibende Ueberschuß verteilt und dabei etwa geltend gemachte Rechte auf Uebernahme einzelner Gegenstände berücksichtigt werden (§§ 1475, 1476 BGB.). Wenn hiernach auch, wie in dem Urteile des RG. vom 9 Februar 1910 (Bd. 73 S. 41) näher dargelegt ist, das Uebernahmerecht nur an dem nach der Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verbleibenden Ueberschusse geltend gemacht werden darf, so müssen doch andererseits nicht unbedingt sämtliche Gesamtgutsverbindlichkeiten bereits tatsächlich getilgt sein. Das Gesetz erkennt selbst an, daß die Teilung nicht notwendig die Erfüllung sämtlicher Gesamtgutsverbindlichkeiten voraussetzt, indem es im § 1475 Abs. 1 Satz 2 bei dem Vorhandensein streitiger oder noch nicht fälliger Gesamtgutsverbindlichkeiten die Zurückbehaltung des zur Berichtigung Erforderlichen vorschreibt und damit für genügend erklärt. Die Ausübung des Uebernahmerechts ist hiernach zulässig, wenn zweifelsfrei feststeht, daß der nach der Ausscheidung der zu übernehmenden Gegenstände verbleibende Teil des Gesamtgutes zur Berichtigung aller Gesamtgutsverbindlichkeiten ausreicht, daß es mithin zur Schuldentilgung nicht der Versilberung der Gegenstände bedarf, deren Herausgabe ein Teilhaber auf Grund des § 1477 Abs. 2 verlangt. Der andere Teil ist nicht berechtigt, diesem Verlangen mit der Begründung entgegenzutreten, daß er gerade die Versilberung dieser Gegenstände zur Beschaffung der zur Schuldentilgung nötigen Barmittel beanspruche. Das Recht des Teilhabers, die Versteigerung der zum Gesamtgute gehörenden Gegenstände zu betreiben, reicht dem Uebernahmerechte des anderen Teilhabers gegenüber nur soweit, als die Versilberung des Gesamtguts für die Tilgung der Gesamtgutsverbindlichkeiten erforderlich ist (§ 1475 Abs. 3 BGB.), und das ist insoweit nicht der Fall, als andere Gesamtgutsgegenstände zur Versilberung zur Verfügung stehen.

Der Senat hält demnach an seiner in dem Urteile vom 2. November 1911 (IV. 59. 11) ausgesprochenen Ansicht fest, daß das Uebernahmerecht dem Rechte des anderen Teilhabers, die Versteigerung zu betreiben, nicht nachzustehen hat. Es gibt keine Vorschrift, daß das Uebernahmerecht erst bei dem Abschlusse der Teilung ausgeübt werden könne; die Ausübung dieses Rechtes, die nur gegen Ersatz des Wertes der Uebernahmestücke zur Teilungsmasse geschehen kann, dient vielmehr in gleicher Weise wie ein teilungshalber vorgenommener Verkauf der Vorbereitung der endgültigen Teilung und kann daher dieser vorausgehen. Den eigentlichen Gegenstand der Teilung bildet nicht das Uebernahmestück, sondern der für seine Uebernahme an die Teilungsmasse zu entrichtende Preis. Sobald die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach den §§ 1475, 1476 BGB. zu einer Teilung unter die Teilhaber am Gesamtgut geschritten werden darf, kann auch die Ausantwortung der im § 1477 Abs. 2 bezeichneten Gegenstände an den Uebernahmeberechtigten gegen Ersatz des Wertes gefordert werden. Ob die Beklagte zur Auflassung ihres Anteils gegen die Auszahlung des halben Wertes des Grundstücks an sie verpflichtet gewesen wäre oder Zahlung des vollen Wertes in die Teilungsmasse hätte beanspruchen können, braucht nicht entschieden zu werden, weil in dieser Hinsicht kein Einwand und insbesondere in der Revisionsinstanz keine Rüge erhoben ist. (Urt. des IV. ZS. vom 2. März 1914, VI 635/1913). E.

3358

B. Strafsachen.

I.

Kann ein deutsches Gericht einen Deutschen bestrafen, der von der Schweiz aus nach Oesterreich Saccharin einschmuggelt, ohne Deutschland zu berühren? (§ 17 ZollK. v. 6. Dez. 1891). Die Frage ist vom LG. verneint worden. Die Revision des StA. wurde verworfen.

Aus den Gründen: Es ist zuzugeben, daß der Wortlaut des Zollkartells vom 6. Dez. 1891 die Auslegung des Staatsanwalts zuläßt; aber er zwingt doch nicht dazu, und der Zweck des Gesetzes und die Entstehungsgeschichte sprechen dafür, daß es sich nur auf die im Grenzverkehr zwischen den Vertragsstaaten begangenen Zolldelikte bezieht. Der Handels- und Zollvertrag v. 6. Dez. 1891, dessen Art. 10 die Grundlage für das Zollkartell bildet, ist geschlossen worden, um die Handels- und Verkehrsbeziehungen zwischen den Vertragsstaaten inniger zu gestalten und zu dem Zwecke, eine feste Grundlage für die Förderung des gegenseitigen Austausches von Boden- und Industrieerzeugnissen zu schaffen, zugleich auch geeignete Anknüpfungspunkte für die Regelung der beiderseitigen Handelsbeziehungen zu anderen Staaten zu gewähren. Sicher liegen danach die in Art. 10 wegen Verhütung und Bestrafung des Schleichhandels nach oder aus den Gebieten der Vertragsstaaten getroffenen Bestimmungen im Rahmen des Vertrages, soweit der Schleichhandel zwischen den beiden Vertragsstaaten stattfindet; dagegen kann nicht zweifelhaft sein, daß die Vertragsschließenden nach dem Zwecke des Vertrags den Schleichhandel zwischen einem der Vertragsstaaten und einem dritten Staate nicht im Auge gehabt haben. Auch die Entstehungsgeschichte spricht dafür, daß die Bestimmungen sich nicht auf den Schleichhandel beziehen, der von einem dritten Staate aus nach einem der Vertragsstaaten betrieben wird. Sie bilden den Schluß einer Kette gleichartiger Bestimmungen, die durch die Deutsch-Oesterreichischen Handels- und Zollverträge v. 23. Mai 1881 und 16. Dez. 1878, die Verträge der Zollvereins-Staaten mit Oesterreich v. 9. März 1868 und 11. April 1865 und die zugehörigen Zollkartelle hindurch bis zum Preußisch-Oesterreichischen Handels- und Zollvertrag und Zollkartell v. 19. Februar 1853 zurückreicht. Die Bestimmungen des letzteren Vertrages sind als Vorbild der jetzt geltenden, mit denen sie wörtlich übereinstimmen, und sie beziehen sich sicher nicht auf den Schleichhandel, der von einem dritten Staate aus nach den Vertragsstaaten betrieben wird. Das ergibt deutlich die Denkschrift, die der II. Kammer des Preuß. Landtages mit dem Vertrage vorgelegt wurde. (Druckf. der II. Kammer 1. Seff. 3. Leg.-Per. 1852/53 Nr. 195). Dort wird im Eingange auf den lebhaften unmittelbaren Verkehr Preußens mit Oesterreich verwiesen und auf die ausgedehnten Grenzstrecken, an denen die Gebiete einander berühren, sowie darauf, daß nach Gründung des Zollvereins das Bedürfnis möglichster Förderung der Verkehrsverhältnisse zwischen dem Zollverein und Oesterreich um so fühlbarer werde, je mehr die Grenzen an Ausdehnung zugenommen hätten. Wenn dann S. 5 das nach Maßgabe des Art. 10 des Vertrages abgeschlossene Zollkartell als eine durch die eigentümlichen Verhältnisse der beiderseitigen Grenzen gebotene Maßregel bezeichnet wird, so kann nicht zweifelhaft sein, daß hier ebenso wie im Eingang die Grenzen zwischen den beiden Vertragsstaaten gemeint sind, und daraus ergibt sich, daß das Zollkartell nur gegen den Schleichhandel zwischen den Vertragsstaaten gerichtet ist und daß sich seine Bestimmungen auf den Schleichhandel zwischen einem von ihnen und einem dritten Staat nicht beziehen. Daß die späteren Verträge daran etwas hätten ändern wollen, tritt nirgends hervor, und deshalb ist bei dem inneren Zusammenhange aller dieser Verträge anzunehmen, daß auch das letzte Zollkartell v. 6. Dez. 1891 nur zur Bekämpfung des Schleichhandels zwischen Deutschland und Oesterreich-Ungarn geschlossen ist und dessen § 17 sich nur darauf bezieht, nicht aber auf solche Vergehen gegen die Zollgesetze, die im Verkehre zwischen einem der beiden Vertragsstaaten und einem dritten Staate begangen worden sind. Ueber diese Auslegung der Zollkartelle haben sich denn auch nach einer Mitteilung des Reichsjustizamts die beteiligten Regierungen im Frühjahre 1913 verständigt. (Urt. des I. StS. vom 14. Mai 1914, 1 D 950/13). H.

3393

II.

§ 184 Nr. 3 StGB. ist auch dann anwendbar, wenn ein beim Beischlaf zu benützender Gegenstand nur verheirateten Personen angeboten worden ist. Zum Begriffe der Ankündigung oder Anpreisung gegenüber dem „Publikum". Aus den Gründen: Für die Frage, ob ein Gegenstand zu unzüchtigem Gebrauch bestimmt ist, kommt es nicht darauf an, ob er im Einzelfall unter solchen Umständen angeboten und angepriesen wird, daß seine Verwendung zu unzüchtigem Gebrauch, insbesondere zu einem solchen bei außerehelichem Geschlechtsverkehr als ausgeschlossen gelten kann. Entscheidend ist vielmehr, ob der Gegenstand seiner äußeren Beschaffenheit und Zweckbestimmung nach sich zu unzüchtigem Gebrauch eignet und erfahrungsgemäß auch tatsächlich dazu verwendet wird. Gegenstände, die bestimmungsgemäß beim Beischlaf gebraucht werden, gehören deshalb stets zu den im Gesetz genannten, weil sie auch bei dem außerehelichen Geschlechtsverkehr benützt werden können und werden. Präservativs, Pessare und sonstige Schutzmittel, die häufig und vorzugsweise bei dem außerehelichen Geschlechtsverkehr Verwendung finden, sind unbedenklich zu diesen Gegenständen zu zählen; gegen ihre Ankündigung und Anpreisung wollte sich gerade das Gesetz in erster Linie wenden, weil das Hervortreten solcher Ankündigungen in der Oeffentlichkeit und zumal in der Presse als ein besonders lästiger Mißstand empfunden wurde. Deshalb ist es rechtsirrig, wenn im Urteil darauf Gewicht gelegt ist, daß die Angeklagten sich mit ihren Angeboten nur an verheiratete Leute wendeten; dieser

Umstand ist für den äußeren wie den inneren Tatbestand des Vergehens ohne Bedeutung.

Auch der Begriff des „Publikums“ ist im Urteil verkannt. Wenn die Angeklagten, wie es den Anschein hat, die Frauen, denen sie die „Ware anpriesen“, sich darnach auswählten, ob sie geboren hatten, also darnach, ob bei ihnen ein Bedarf zu vermuten stand, so sind sie mit ihren Angeboten und Anpreisungen an Personen herangetreten, die weder zu ihnen noch unter einander in solchen persönlichen oder sonstigen Beziehungen standen, daß sie als abgeschlossener Personenkreis gelten könnten. Die Angeklagten haben nicht einmal einen bestimmten festen Abnehmerkreis aufgesucht, sondern ihre Ware ersichtlich da feilgeboten und angepriesen, wo sie auf Absatz hoffen durften. Sie haben also die von ihnen einzeln aufgesuchten Frauen als einen durch keinerlei Sonderbeziehungen abgegrenzten und ausgeschiedenen Teil der Allgemeinheit mit ihren Anpreisungen angegangen. Wenn tatsächlich bis zur Einleitung der Strafverfolgung nur ganz wenigen Frauen gegenüber die Anpreisung erfolgt war, so schließt das nicht aus, daß die Anpreisungen sich an das Publikum richteten. Denn dazu ist keineswegs erforderlich, daß bereits einer größeren Anzahl von Personen gegenüber die Anpreisung erfolgt ist, noch weniger, daß die Anpreisung als einheitliche Kundgebung sich an eine größere Anzahl räumlich vereinter Personen, an eine versammelte Menge richtet oder daß die Kundgebung durch eine und dieselbe Aeußerung oder mittels einer einzigen Verbreitungshandlung für eine größere ihrer Menge nach unbestimmte Anzahl von im einzelnen unbekannten Personen erfolgt, wie es bei der Verbreitung von Druckschriften, die für die Menge berechnet sind, oder bei der Verbreitung von Zeitungen zutrifft. Mag auch die Strafbestimmung hauptsächlich diese Art der öffentlichen Bekanntmachung der Anpreisungen und Ankündigungen zu unterdrücken beabsichtigt haben, so trifft doch das Gesetz, wenn es ganz allgemein Ankündigungen und Anpreisungen dem „Publikum“ gegenüber verbietet, auch auf den zu, der bei gewerbsmäßigem Vertrieb eines der im Gesetz genannten Gegenstände an beliebige Personen mit seinen Anpreisungen in der Absicht herantritt, eine unbestimmte Mehrheit von Personen nacheinander einzeln aufzusuchen und ihnen mündlich oder durch Uebergabe von Druckschriften seine Ware anzupreisen. Sein Vergehen ist vollendet, ohne Rücksicht auf die höhere oder geringere Anzahl der Personen, denen gegenüber eine Anpreisung bereits stattgehabt hat, sobald er auch nur an einzelnen Stellen ohne besondere Beziehungen durch Anpreisung Käufer zu gewinnen versucht hat. (Urt. des I. StS. vom 23. März 1914, 1 D 1355/13). E.

3378

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Kann ein Prokurist einer Aktiengesellschaft bei der Anmeldung der Erteilung einer Prokura zum Handelsregister mitwirken? (§ 53 HGB.). Aus den Gründen: Nach § 53 HGB. ist die Erteilung der Prokura von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung anzumelden. Bei einer Aktiengesellschaft ist Inhaber die Gesellschaft, sie wird vertreten durch den Vorstand. Ob die Anmeldung eine Pflicht der Gesellschaft oder des Vorstands als solchen ist, läßt die Fassung des § 53 offen. Ist sie eine Pflicht der Gesellschaft, so kann sie nicht nur durch den Vorstand allein, sondern auch durch Prokuristen erfüllt werden, soweit die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gesellschaft nach § 232 HGB. durch Prokuristen möglich ist. Ist sie dagegen eine Pflicht des Vorstandes als solchen, so ist eine Vertretung von Vorstandsmitgliedern durch Prokuristen ausgeschlossen. Die Frage ist im letzteren Sinne zu entscheiden. Dies folgt nicht nur aus der Einrichtung der A.-G., wonach der Vorstand die Gesellschaft vertritt, sondern auch aus den übrigen Bestimmungen des HGB. über die Anmeldungen zum Handelsregister bei A.-G., welche die Anmeldung durch den Vorstand (§§ 234, 244, 265, 277 HGB.), z. T. durch sämtliche Vorstandsmitglieder vorschreiben (§§ 195, 201, 280, 284, 289, 291 HGB.). Dazu kommt, daß die Prokura bei der A.-G. nur vom Vorstand erteilt werden darf — allein oder mit Zustimmung des Aufsichtsrats (§ 238 HGB.); die Anmeldung der Prokura ist zugleich ein Zeugnis ihrer Erteilung und obliegt deshalb sachgemäß dem, dem die Erteilung zukommt. Soweit hiernach die Anmeldung durch den Vorstand zu bewirken ist, haben soviele Vorstandsmitglieder mitzuwirken, als sonst zur Vertretung erforderlich sind. Daß die dem Vorstande, d. h. den Vorstandsmitgliedern obliegende Pflicht der Anmeldung rein persönlich ist, ist anerkannt (ObLG. Bd. 7 S. 446; RJA. 9, 240, OLGRspr. 22 S. 34 und 27 S. 352). Die Vorgerichte stützen ihre Ansicht auch darauf, daß ein Zwang zu Anmeldungen nur gegen Mitglieder des Vorstandes ausgeübt werden können (§§ 319, 14 HGB.); hieraus müsse gefolgert werden, daß Prokuristen für die Anmeldungen nicht in Betracht kommen, da diese in der Regel nicht ins Belieben der Gesellschaftsorgane gestellt, sondern um der Oeffentlichkeit willen als erzwingbare Pflichten angeordnet sind, gegen Prokuristen aber kein solcher Zwang ausgeübt werden kann. Dem kann nicht beigetreten werden. Denn die Anmeldung einer Prokura wird auf Grund des § 14 HGB. erzwungen. Dieser aber bedroht mit Strafe denjenigen, der „verpflichtet ist, eine Anmeldung ... zum Handelsregister vorzunehmen“. Wäre wirklich der Prokurist zur Anmeldung verpflichtet, so könnte er auch nach § 14 gestraft werden, wenn er nicht anmeldet. Ist aber die Anmeldung nur ein Recht des Prokuristen, so kann nur der Vorstand im Zwangswege zur Anmeldung angehalten werden. Damit ist aber dem öffentlichen Interesse genügt. Die Erwägung der Vorgerichte würde nur zutreffen, wenn bei der hier mißbilligten Ansicht überhaupt keine Person vorhanden wäre, die im Falle der Unterlassung strafbar wäre. (Beschl. des I. ZS. vom 22. Mai 1914, Reg. III Nr. 35/1914). M.

3392

II.

Zur Auslegung altrechtlicher Ehe- und Erbverträge. Am 2. Oktober 1913 ist in M. der Zimmerpalier B. H. mit Hinterlassung einer Witwe und von 4 Kindern gestorben. Er hatte vor Eingehung der Ehe einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, in dem bestimmt worden war: „Brautleute schließen allgemeine Gütergemeinschaft. Sind auf Ableben eines Teils eines oder mehrere eheliche Kinder desselben vorhanden, so hat der überlebende Teil denselben die Hälfte des bis dahin gemeinschaftlichen reinen Vermögens als Vater- bzw. Muttergut auszuzeigen und wird dagegen Alleineigentümer des übrigen bis dahin gemeinschaftlichen Vermögens. Ist auf Ableben eines Teils ein eheliches Kind nicht vorhanden, so wird der überlebende Teil Alleineigentümer des gesamten Vermögens, hat aber an die der gesetzlichen Erbfolgeordnung gemäß nächsten Verwandten des Vorverstorbenen einen Rückfall hinauszuzahlen.“ Das Nachlaßgericht hat diese Bestimmungen dahin ausgelegt, daß sie keine Erbeneinsetzung, sondern nur eine Teilungsanordnung enthalten, daß demgemäß die gesetzliche Erbfolge einzutreten hat, und hat die Ausstellung eines gemeinschaftlichen Erbscheins dahin angeordnet, daß B. H. auf Grund Gesetzes von seiner Witwe zu 1/4 und von

seinen 4 Kindern zu je $^{3}/_{16}$ beerbt worden sei. Die Beschwerde einer Tochter wurde verworfen, ebenso die weitere Beschwerde.

Gründe: Es kann zugegeben werden, daß die Bestimmungen des Ehe- und Erbvertrags möglicherweise auch in dem Sinn ausgelegt werden können, daß der überlebende Eheteil als Alleinerbe eingesetzt und mit einem Vermächtnis zugunsten der Kinder beschwert sein soll. Für diese Auslegung scheint sogar der Umstand zu sprechen, daß die für den Fall der unbeerbten Ehe fast mit den gleichen Worten wie im Falle der beerbten Ehe getroffene Bestimmung doch wohl im Sinne der Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben gedeutet werden muß. Allein die Auslegung des Beschwerdegerichts ist nicht nur gleichfalls möglich, sondern sogar die zutreffendere. Denn die für die unbeerbte und die für die beerbte Ehe im Ehe- und Erbvertrage gewählte Ausdrucksweise stimmt zwar insofern überein, als in beiden Fällen der überlebende Teil „Alleineigentümer" des gemeinschaftlichen Vermögens werden soll. Im übrigen aber weist die Fassung doch auch Verschiedenheiten auf, so daß der aus der Gleichartigkeit der Fassung für den Fall der beerbten und der unbeerbten Ehe abgeleitete Beweisgrund nur scheinbar ist. Für den Fall der unbeerbten Ehe ist bestimmt, daß der überlebende Eheteil „Alleineigentümer" des „gesamten" gemeinschaftlichen Vermögens werden soll, den Verwandten des Verstorbenen aber einen kleinen „Rückfall" hinauszuzahlen hat. Das läßt allerdings annehmen, daß der überlebende Ehegatte als Alleinerbe eingesetzt und nicht auf eine Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Erben angewiesen werden sollte. Darauf deutet schon der Gebrauch des Ausdrucks „Rückfall". Für den Fall der beerbten Ehe aber ist bestimmt, daß ein Teil des Vermögens den Kindern als „Vater- bzw. Muttergut" ausgezeigt werden und der überlebende Teil „dagegen" Alleineigentümer des „übrigen" gemeinschaftlichen Vermögens sein soll. Er soll also nur „gegen" d. h. „nach" der Auszeigung des Vater- oder Mutterguts und nur den Rest als Alleineigentum erhalten. Dies deutet, zumal Kinder ihr Vater- oder Muttergut doch regelmäßig als Erben erhalten werden, darauf hin, daß sie als solche eingesetzt sein sollen. Im Falle der beerbten Ehe braucht also die Bestimmung, daß der überlebende Eheteil „Alleineigentümer" werden soll, nicht notwendig in dem gleichen Sinn wie bei beerbter Ehe aufgefaßt zu werden. (Beschl. des I. ZS. vom 3. April 1914, Reg. III Nr. 21/1914).

3372 M.

III.

Mißbrauch des Fürsorgerechts. (§ 1666 BGB.). Aus der Ehe des J. B. mit M. geb. G. sind drei Kinder hervorgegangen: Mathilde, Luise und Ruppert, letzterer geb. am 15. September 1909. Diese wurden in der Familie, und zwar hauptsächlich von der Mutter erzogen, da J. B. viel reisen mußte. Im Jahre 1912 kam es zwischen den Ehegatten zu Zwistigkeiten, die dazu führten, daß J. B. den Sohn R. zu seinem Bruder bringen und seiner Frau mitteilen ließ, daß er sich wegen der Streitigkeiten von ihr trenne und ihr die Wohnung zur Verfügung stelle. Maria B. stellte an das Vormundschaftsgericht den Antrag, ihr die Sorge für die Person ihres Sohnes Ruppert zu übertragen. Das Gericht ordnete an, daß das Kind der Mutter zur Erziehung zu überlassen ist. Das Landgericht wies die Beschwerde des J. B. zurück; auch dessen weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Gründe: Während der Ehe steht die Sorge für die Person eines der Ehe entstammenden minderjährigen Kindes nach den §§ 1626, 1627, 1634 BGB. beiden Elternteilen zu; bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht jedoch die Meinung des Vaters vor. Eine Verletzung des Rechtes des einen Elternteils durch den anderen kann gegen diesen nur im Wege des Rechtsstreites geltend gemacht werden. Wird aber das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, so hat das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB. die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. Die Vorgerichte haben übereinstimmend einen Mißbrauch des Fürsorgerechts des Vaters und eine Gefährdung des Kindes darin gefunden, daß der Beschwerdeführer dieses damals noch nicht vier Jahre alte Kind ohne Grund von seiner Mutter trennte und nach O. zu seinem Bruder bringen ließ. Die Gefährdung konnte darin gefunden werden, daß ein Kind, das in den ersten Lebensjahren von seiner Mutter getrennt wird, der unersetzbaren mütterlichen Pflege und der Mutterliebe entbehrt und der Mutter entfremdet wird und daß dadurch sein geistiges Wohl beeinträchtigt wird. Ebenso zutreffend konnte der Mißbrauch des Fürsorgerechts daraus abgeleitet werden, daß der Beschwerdeführer unter Ueberschreitung seines Rechtes, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, das Kind völlig von der Mutter trennte, unbekümmert um das Mitbestimmungsrecht der Mutter und obwohl ihm die nachteiligen Folgen seiner Anordnung für das Kind zum Bewußtsein kommen mußten. (Beschl. d. I. ZS. vom 21. Februar 1914, Reg. III Nr. 9/1914).

3371 M.

B. Straffachen.

I.

Verhältnis zwischen Forstberechtigungen und forstpolizeilichen Vorschriften in der Pfalz. In einem Rechtsstreite der Gemeinde W. gegen den Staat und die Stadtgemeinde D. hat das LG. am 29. April 1910 u. a. erkannt, daß folgende von der Gemeinde W. am L.er Walde beanspruchten Rechte bestehen: „ . . . das Recht Brennholz, worunter auch dürre Stämme, Ab- und Gipfelholz begriffen sind, zu beziehen und zwar, soweit es forstmäßig gewonnen werden kann, nach forstmäßiger Aufmachung durch die zuständigen Behörden und gegen Ersatz der Fabrikationskosten." Das Urteil ist angefochten; das Verfahren ruht zurzeit. Zwei Bürger von W. haben im L.'er Walde je eine stehende dürre Kiefer gefällt. Ein dritter hat von einer stehenden dürren Buche Scheitholzanbruch an sich genommen, das er mit der Säge gewonnen hatte. Das Forstrügegericht hat die drei von der Anklage wegen je einer Uebertretung nach Art. 19 PfälzForstStG. freigesprochen. Das LG. verurteilte dagegen. Es unterstellt hiebei die Forstberechtigungen der Angeklagten als gegeben, verneint aber die Befugnis zur uneingeschränkten Ausübung und erklärt die Angeklagten an die Befolgung der forstpolizeilichen Bestimmungen gebunden, und zwar kraft des Art. 9 PfälzForstStG. Als maßgebendes ForstG. wird, abgesehen von § 23 Abs. 4 des Regulativs des Generalgouverneurs vom 18. Mai 1814, das auch die Waldberechtigten auf die Regeln der Holzzucht und eines regelmäßigen forstwirtschaftlichen Betriebes verweist, der Tit. XXVII Art. 33 der ordonnance des eaux et des forêts von 1669 erachtet, demzufolge es dem Forstberechtigten ungeachtet aller entgegenstehenden Titel, Beschlüsse und Privilegien nicht gestattet ist, stehendes grünes und dürres Holz eigenmächtig abzuhauen und sich anzueignen. Ein Angeklagter hatte früher durch Berufung auf den Zivilprozeß einen Beschluß auf Aussetzung des Verfahrens nach Art. 75 PfälzForstStG. erwirkt; das LG. hat jedoch später das Urteil gleichwohl erlassen, weil ihm die Aufhebung jenes Beschlusses jederzeit freistehe, und ausgeführt, daß für Abs. 1 des Art. 75 kein Raum sei. Die Revisionen wurden verworfen.



Aus den Gründen: Grundlegend sind: die Geltung der französischen Ordonnance du mois d'août 1669 pour les eaux et les forêts für die bayerische Pfalz, die Bedeutung des hier in Tit. 27 Art. 33 enthaltenen Grundsatzes und dessen Stellung im heutigen Rechtssystem. Die angeführte Stelle lautet: „Abrogeons les permissions et droits de feu, loges et tontes délivrances d'arbres, perches, mort-bois, sec et vert en état, sans qu'il soit permis à aucuns usagers, de telle condition qu'ils soient, d'en prendre ou faire couper, et d'en enlever autre que gisant, nonobstant tous titres, arrêts et privilèges contraires, qui demeureront nuls et révoqués; à peine contre les contrevenants d'amende, restitution . . . et de privation de droit d'usage."

1. Die formelle Geltung der zur Zeit der Republik in den sog. 4 neuen Departements eingeführten Teile jenes Gesetzeswerkes ist unbestritten (vgl. insbesondere Serini, Chronolog. Zusammenstellung der während der provisorischen französischen Verwaltung in den deutschen Rheinlanden publizierten ältern französischen Gesetze, S. 120; Schwarz, Die Forstberechtigungen in den ehemaligen 4 Departements usw., §§ 41 ff., 142, 192). Die Generalkommissäre der Republik, deren erster, Rudler, mit Erlaß vom 1. Therm. IV die einschlägigen Titel der Ordonnanz eingeführt hat, standen jenen eroberten und regierten Bezirken als eine Art Zivildiktatoren vor; die staatsrechtlichen Gründe dafür, daß sie, vom vollziehenden Direktorium ermächtigt, die gesetzgebende Gewalt befugt und wirksam ausgeübt haben, sind in den Gründen die Zivilurteils vom 29. April 1910 eingehend und zutreffend dargelegt (vgl. Serini a. a. O. S. 24 Anm. *, Schwarz S. 17 Anm. 2). Bei Serini ist ferner nachgewiesen, daß und wann die forstpolizeilichen Bestimmungen der Ordonnanz unter dem Titel „Verwaltungsordnung" oder auch „dispositions rélatives à la police" in den 4 Departements veröffentlicht und besonders für das Donnersberg-Departement einregistriert worden sind (Serini S. 76 Nr. 79, vgl. S. 66, 67, 120). Daß die so eingeführten französischen Gesetze und Verordnungen nach der endgültigen Abtretung des linken Rheinufers an Frankreich im Frieden von Lunéville (9. Februar 1801) aufrecht erhalten blieben, kann nicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil der Beschluß des corps législatif vom 28. Ventôse IX (9. März 1801), der jenen Friedensvertrag zum Gesetz der Republik erhebt, in Art. III nur bestimmt, daß die Gesetze der Republik in den neuen Gebieten nur nach dem Ermessen der Regierung und verordnungsweise eingeführt werden sollen; denn es wiederholt sich hierin nur die Methode, die der seinerzeitigen Instruktion für Rudler zugrunde liegt, übertragen auf die Zentralgewalt der Republik; dies führt zu der Annahme, daß Frankreich selbstverständlich ohne weiteres aufrecht erhalten wollte, was seine Statthalter während der ihnen übertragenen „Pazifizierung" der eroberten Provinzen an Gesetzen usf., ihrer Vollmacht gemäß, eingeführt hatten. Wegen Aufrechthaltung der Ordonnanz in der Pfalz unter Napoleon vgl. dessen Dekret vom 19. Juli 1810 bei Schwarz Bd. I S. 107.

Nach der Zurückeroberung der Rheinlande durch die Alliierten hat zunächst der Generalgouverneur Gruner durch die VO. vom 25. Januar / 6. Februar 1814, die Waldungen betr., die französischen Forstgesetze in Kraft erhalten; wenn noch im gleichen Jahre durch die für die Pfalz bestellte österreichisch-bayrische gemeinschaftliche Landes-Administrationskommission „die bisher üblichen französischen Forststrafgesetze" unter besonderer Erwähnung der „betreffenden Art. der Ordonnance von 1669" aufgehoben wurden, so geschah dies nach dem Inhalt der maßgebenden VO. vom 30. Juli (publ. 14. August 1814), die Verfolgung und Bestrafung der Forstfrevel betr., nur deshalb und nur insoweit, als hier das Forststrafwesen neu geregelt wurde. Hier kommt in Betracht, daß die Ordonnanz allenthalben Strafandrohungen und daneben in Tit. 32 ein ganzes Strafensystem enthält; bei derlei Bestimmungen galt nun offenbar jene, durch die übermäßige Strenge der Strafen gerechtfertigte Aufhebung (vgl. Ritzmann, ForstStG. 1901, S. 4), während an die Beseitigung der forstpolizeilichen Normen der Ordonnanz niemand gedacht hat. Die aufgehobene Strafsanktion ersetzten die neuen ForstStG. der Pfalz (1814, 1822, 1831, 1846, 1879, 1896). Forstpolizeiübertretungen i. S. des rechtsrh. ForstG. haben diese Gesetze freilich nie gekannt, wenn auch das rev. ForstStG. in Art. 6 und 58 ihrer gedenkt; nach Ritzmann (Handbuch S. 6) können nur der Waldeigentümer und die von ihm zu Vertretenden solche begehen; ihr Tatbestand ist aber den verschiedenen älteren und neueren Bestimmungen außerhalb des ForstStG. zu entnehmen, darunter auch denen der Ordonnanz. Diese „Bestimmungen der Forstgesetze" sind es, welche Art. 9 ForstStG. im Auge hat, der besonders den Forstberechtigten angeht.

2. Die Ordonnanz von 1669 gliedert sich in einen verwaltungsrechtlichen, polizeilichen, strafrechtlichen und betriebstechnischen Teil; auf den 2. und 3. Art. ihrer Normen beziehen sich vorzugsweise die Erlasse der republikanischen Machthaber für die 4. Departements; der 27. Tit., um den es sich hier handelt, ist schon nach seiner Ueberschrift „de police et conservation des forêts, eaux etc." ein reines Polizeigesetz. Der erste Zweck des Art. 33 Tit. 27 war unverkennbar der, mit den Mißbräuchen aufzuräumen, die zurzeit Ludwigs XIV. in den französischen Wäldern um sich gegriffen hatten; so mit den Feuern im Walde, den Waldhütten und vorzüglich mit gewissen Holzabgaben. Unter diesen Abgaben sind hauptsächlich die willkürlichen, die auf Gunst und Gnade der Beamten beruhenden gemeint, daß „titulierte" Forstberechtigungen nicht abgeschafft werden sollten, beweist der von diesen handelnde, mit „sans que" eingeleitete Teil des Art. 33, der den „usagers" aller Stände nur die Wegnahme und zwar — nach stetiger Auslegung — die eigenmächtige Wegnahme der vorher beschriebenen Walderzeugnisse bei Strafe verbietet; das letzte der in der Strafandrohung aufgezählten Strafmittel, „Verlust der Forstberechtigung" hätte nicht angedroht werden können, wenn die vor 1669 entstandenen Forstberechtigungen als solche allgemein aufgehoben worden wären. Die Auslegung, wonach sich das Gesetz gegen die Eigenmacht der Rechtler, namentlich gegen die sog. Selbstfabrikation richtet, bezeugen Schwarz §§ 41, 42 und Ritzmann S. 37, ersterer unter Anführung pfälzischer Urteile aus den Jahren 1855 und 1862. Aus diesen Erkenntnissen erhellt abermals, daß die Ordonnanz als Forstpolizeigesetz der öffentlichen Ordnung angehört, deshalb jede frühere, entgegenstehende Art der Ausübung von Walddienstbarkeiten aufhebt und auch jedem neuen Versuche einer derartigen Ausübung entgegensteht.

Unrichtig ist die Aufstellung der Revision, als habe das arrêté vom 29. Nivôse IX (GenKomm. Jollivet; Schwarz I S. 93) die Verkündigung der Ordonnanz rückgängig gemacht. Dieser Erlaß erwähnt eigens deren Einführung durch das régl. v. 1. Therm. VI; er weist zwar auf die vor diesem Tage, ja schon vor 1669 geltenden deutschen Gesetze hin, schafft aber nicht die Ordonnanz in ihren im Rheinland eingeführten Bestimmungen ab, sondern vielmehr jenes französische Gesetz vom 28. August 1792 „sur les biens communaux", dessen unüberlegte Einführung in Frankreich die Waldverwüstung gefördert hatte und das deshalb in der französischen Rechtsprechung bald wieder durch die Anwendung der in Frankreich formell aufgehobenen Ordonnance von 1669 ersetzt wurde. Die privatrechtlichen Restitutionen aber, die Art. 2 des Arr. vom 29. Niv. anordnet, berühren keinesfalls die forstpolizeilichen Bestimmungen der Ordonnanz. Das gleiche gilt von der Aufrechterhaltung der nachweislichen Forstrechte, welche das von der Revision ebenfalls herangezogene, arrêté vom 17. Ventôse X anerkennt; auch hier findet

sich in Art. I der Vorbehalt, daß die Ausübung jener Berechtigungen den Regeln des aménagement — der Forstwirtschaft — unterworfen bleibe. Vgl. noch über Aufrechterhaltung der Ordonnanz (Tit. 19) das Arrêté vom 9. Prair. X (Schwarz S. 99). Das Forstregulativ des Generalgouverneurs Gruner vom 28. Mai 1814 (ABl. S. 85) enthält in §23 allerdings zunächst Weisungen an die Forstbehörden in Betreff der Berechtigungen, wendet sich aber in dem Schlußsatz mit dem Hinweise auf die Unterordnung ihrer Ausübung unter die Regeln der Holzzucht und eines regelmäßigen forstwirtschaftlichen Betriebes zweifellos an die Berechtigten selbst.

3. Gehören nach alledem die Verbote der eigenmächtigen Wegnahme und der Selbstfabrikation, wie sie sich im Anschluß an die Ordonnanz und an neuere Vorschriften im pfälzischen Forstrecht behauptet haben, dem öffentlichen Rechte an, so folgt hieraus, daß die zivilrechtliche Befugnis bestimmter Forstberechtigter nicht gerade dahin geht, von jenen Verboten frei zu sein, also ihr Rechtholz selbst auswählen, aufarbeiten und abführen zu dürfen (vgl. f. d. rechtsrh. Bayern Ganghofer-Weber, ForstG. S. 102 ff.). Der Zusatz in der Ordonnanz Tit. 27 Art. 33 „non-obstant tous titres, arrêtés etc." ist nur die logische Folgerung jenes öffentlichrechtlichen Verbotes, eine dem Geiste des privilegienreichen Zeitalters Ludwigs XIV. scharf widersprechende Betonung des alten Satzes, daß die öffentliche Ordnung den Privatrechten vorgeht; darum auch die Schärfe des Ausdrucks in dem anschließenden Relativsatz „qui demeureront (nicht „seront") nuls et révoqués". Die Privilegien und Titel versagen gegenüber dem jus publicum, sie kommen hiegegen gar nicht auf (vgl. den positiven Ausdruck dieser Gedanken in Art. 23 des rechtsrh. ForstG. und hiezu Ganghofer S. 102 Anm. 1 a). Die Pfälzer Gerichte haben denn auch in richtiger Würdigung der forstwirtschaftlichen Gesichtspunkte, nach denen selbst kleine Veränderungen im Holzbestande pfleglich, d. h. fachmännisch vorgenommen werden müssen, den Forstberechtigten stets die Selbstfabrikation auch von Windfallholz, Reisig- und Wellenholz und dürrem stehenden Holz untersagt und die forstmäßige Aufarbeitung solchen Holzes verlangt (Schwarz § 43, S. 30). Es ist also kein Uebergreifen des Strafrichters in die zivilrichterliche Zuständigkeit, wenn das LG. hier jener öffentlichrechtlichen Forderung Nachdruck verleiht.

4. Aus dem Bisherigen folgt, daß die Aburteilung der Uebertretung bei Ausübung einer Forstberechtigung nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen der Forstberechtigung an sich und somit auch nicht vom Ausgange des Zivilprozesses abhängt; Art. 75 ForstStG. ist also hier nicht anwendbar. Er enthält, abgesehen von Abs. 2, in keiner Hinsicht materielles Recht (anders — in beschränktem Maße — Art. 165 rechtsrh. ForstG.), ist ein reines Prozeßgesetz, das die Ermessensfreiheit des § 261 Abs. 2 StPO. für Forststrafsachen außer Kraft setzt, und enthält keine revisible Rechtsnorm. Das Revisionsgericht kann nicht nachprüfen, ob die Aburteilung der Forstübertretung von der privaten Berechtigung abhängt.

5. Art. 9 ForstStG. läßt eine Bestrafung wegen Forstfrevels nur zu, wenn der volle Tatbestand einer im ForstStG. mit Strafe bedrohten Entwendung, Gefährde usw. vorliegt. Das LG. folgt der Entscheidung des Straffen. vom 3. Oktober 1903 (Sammlg. IV, 59) und zieht gleichzeitig Art. 19 ForstStG. heran. Dieser Entscheidung, die im Anschluß an ältere Urteile eine bedingt unbefugte Zueignung der unbedingt rechtswidrigen Zueignung gleichstellt, liegt im wesentlichen ein den vorliegenden Fällen ähnlicher Tatbestand zugrunde. In ihnen handelt es sich um Holzfällungen im fremden Wald, um Ueberschreitung gegebener Forstberechtigungen der Art ihrer Ausübung nach und um Holz von einer im ForstStG. (Art. 19) besonders bezeichneten Beschaffenheit (stehendes dürres Holz, vergleiche Ordonnanz Tit. 27 Art. 33, 1. Halbs). Das angefochtene Urteil hat alle Merkmale des äußeren Tatbestandes einwandfrei festgestellt, ebenso aber auch den inneren, indem es auch bei den Angeklagten das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ihres Handelns annimmt. Die Bezugnahme der Beschwerdeführer auf § 954 BGB. genügt nicht; der Eigentumserwerb der Forstberechtigten in der Pfalz wird durch die die Ausübung der Berechtigungen regelnden Vorschriften mitbestimmt (Henle-Schneider, Vorbem. 3 vor Art. 85 AG. BGB. und Bem. 2 zu Art. 86). Hienach erwirbt der Rechtler das Eigentum am Rechtholz nur nach den forstgesetzlichen Normen; soweit ihm diese die Selbstfabrikation untersagen, ist sein Erwerb nicht rechtswirksam. Diese Auffassung ist nicht zu streng, wenn man die Gleichstellung der den Forstgesetzen zuwiderhandelnden Berechtigten mit den Nichtberechtigten nach Art. 9 ForstStG. im Auge behält. Ueberschreitung der Befugnisse, auch in der Art der Ausübung, ist Frevel. Nicht angängig ist eine Unterscheidung zwischen Befugnissen, die durch Privatrechtsnormen, und solchen, die durch Normen des öffentlichen Rechts begrenzt sind. (Urt. vom 28. März 1914, Rev.-Reg. 61/14). Ed.

3363

II.

Gebühren des Verteidigers im Wiederaufnahmeverfahren. Der Verteidiger hat für sein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens die Gebühr von 24 *M* (20 *M* und 4 *M* Pauschalsatz) zugebilligt erhalten; nach Schluß der nach dem § 409 StPO. angeordneten Beweisaufnahme gab er eine schriftliche Erklärung ab; die hiefür neuerdings verlangte Gebühr von 24 *M* — der Angeklagte wurde nach § 411 Abs. 2 StPO. sofort freigesprochen — wurde nicht gewährt; die Beschwerde wurde verworfen.

Aus den Gründen: Durch die festgesetzte Gebühr von 24 *M* für die Anfertigung des Wiederaufnahmegesuchs ist die gesamte Tätigkeit des Verteidigers in dem Wiederaufnahmeverfahren entlohnt worden. Die entgegengesetzte, auf § 68 Nr. 3 RAGebO. gestützte Ansicht des Beschwerdeführers ist irrig. Die hier für Anfertigung eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens bestimmte Gebühr steht dem Rechtsanwalte nur zu, wenn er mit dieser Tätigkeit allein betraut worden ist. Wenn der Rechtsanwalt jedoch wie hier mit der Verteidigung eines Angeklagten im ganzen Wiederaufnahmeverfahren beauftragt worden ist, kann er nach § 70 RAGebO. für Anfertigung der zu dem Verfahren gehörigen Anträge und Erklärungen keine besondere Gebühr fordern; diese Bemühungen werden durch die in den §§ 63 bis 66 und im § 67 festgesetzte Gebühr gedeckt. Hier ist das Wiederaufnahmeverfahren nicht über das Vorverfahren hinausgediehen, weil es nicht zu einem Beschlusse über die Erneuerung der Hauptverhandlung nach § 410 Abs. 2 StPO. gekommen ist; erst durch diesen Beschlusses, der im Wiederaufnahmeverfahren die Stelle des im Strafverfahren nach § 201 StPO. ergehenden Beschluß vertritt, wird das Vorverfahren beendet und das Hauptverfahren eröffnet. Aus diesem Grunde kommt dem Verteidiger gemäß § 67 Nr. 3 für die Vertretung des Angeklagten im ganzen nicht mehr als 20 *M* Gebühr und 4 *M* Pauschsatz zu. (Beschl. vom 24. März 1914, Beschw.-Reg. Nr. 210/1914). Ed.

3361

Oberlandesgericht München.

Emeritierung und Gehaltssperre (Art. 187, 211 BG., K. VO. v. 6. Sept. 1908, GVBl. S. 681). Ein o. ö. Universitätsprofessor trat am 1. April 1890 in den bayerischen Staatsdienst. Am 1. Januar 1909 hatte er also 18 Jahre in dieser Stellung zugebracht; dem hätte an sich der Höchstgehalt der Klasse 7 der GehaltsO. entsprochen. Zufolge der Sperre nach § 4 Abs. 3 Nr. 7



der VO. v. 6. Sept. 1908 (GVBl. S. 681) wurde ihm jedoch nur der Gehalt der drittletzten Stufe (7500 M) eingewiesen. Am 1. Oktober 1910 wurde er auf seinen Antrag von der Vorlesungspflicht befreit (emeritiert) und bezog nach Art. 187 BG. den letzterdienten Gehalt von 7500 M weiter. Mit dem 1. Januar 1912, also dem Ablauf der Sperre, verlangte er Einweisung in die nächste Gehaltsstufe von 8000 M, weil er noch aktiver Beamter sei und die Vorrückung bereits erdient gehabt habe, wurde jedoch vom Ministerium abgewiesen. Er erhob Klage mit der Behauptung, dieser stehe die ablehnende Ministerialverfügung nicht entgegen, da im Art. 178 Ziff. 5 BG. nur Vorrückungsversagungen wegen Unwürdigkeit nach Art. 31 Abs. 1 BG. gemeint seien. Die Klage wurde abgewiesen und die Berufung blieb erfolglos; Revision wurde nicht eingelegt.

Aus den Gründen des OLG.: Der Rechtsweg ist nach Art. 176 Abs. 1 BG. an sich offen, weil es sich um vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnis handelt; daß eine Gehaltsvorrückung in Frage, macht die Klage nicht von vorneherein unstatthaft. Bedenken ergeben sich aber aus Art. 178 Nr. 5 BG., wonach für die Gerichte die Entscheidungen bindend sind, welche die Verwaltungsbehörden nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen insbesondere über Zuweisung des Gehalts, über Versagung und nachträgliche Einweisung der Gehaltsvorrückungen zu treffen berechtigt sind. Eine solche Versagung liegt hier gerade der Person des Klägers gegenüber in der KultusME. vom 1. Februar 1912 und in der FinME. vom 2. August 1912 an sich vor. Daß Art. 178 Nr. 5 BG. nur die Fälle der Verweigerung der Vorrückung wegen Unwürdigkeit treffe, ist nicht richtig; vielmehr gehört auch die Auslegung der Ueberleitungsbestimmungen hierher (BayObLG. n. S. Bd. 11 S. 653), gleichgültig, ob man dagegen die Beschwerde an den Staatsrat nach Art. 31 BG. für statthaft hält. Gleichwohl erachtet der Senat die Nachprüfung des Anspruchs durch die Gerichte deshalb für zulässig, weil der Kläger die Gesetzmäßigkeit der Ueberleitungsvorschriften selbst bestreitet; wären diese Vorschriften gesetzwidrig, so läge auch keine Verfügung der Verwaltungsbehörde vor, zu der sie nach pflichtmäßigen Ermessen befugt war. Diese Ueberleitung verstößt aber nicht gegen das Gesetz. Die Emeritierung war bereits dem älteren bayerischen Beamtenrecht bekannt: der emeritierte Professor sollte trotz Ersatzes im Lehrauftrag gleichwohl der Universität seine Dienste nach Wunsch und Neigung noch leisten können, z. B. bei den Verwaltungsgeschäften. Damals rückte der emeritierte Professor sogar noch im Gehalt vor, war aber von den Wohnungsgeldzuschüssen ausgeschlossen; er bezog also schon damals erheblich weniger als ein ganz aktiv gebliebener Professor. Bei Erlassung des BG. setzte man die Altersstufe für die Emeritierung entsprechend der Pensionierung auf das 65. Jahr herab, versagte aber die Vorrückung in weitere Dienstalterszulagen. Letzteres steht zwar nicht im Gesetz, ergibt sich aber klar aus dessen Begründung und wird an sich vom Kläger selbst nicht bestritten, wie er auch über die streitige gesperrte Zulage hinaus weitere Zulagen nicht beansprucht. Es ist also eine Zulage, für welche die Vorrückungsvorschriften noch läuft — abgesehen zunächst von den Uebergangsvorschriften — nicht „erdient", „Belassung" des erdienten Gehalts (Art. 176 Abs. 3 BG.) also in seiner natürlichen Bedeutung zu nehmen, nämlich Behalten des tatsächlich im Augenblick der Emeritierung bezogenen Geldgehalts unter Ausschluß der Möglichkeit nachträglicher Vermehrung durch Zeitablauf. Das entspricht durchaus dem Begriffe „erdient" im Art. 30 (= tatsächlich bezogen) und den Art. 28 mit 33, wonach jede Vorrückung „verfügt" wird, also nicht von selbst eintritt. Bei der Ueberleitung aber will der Kläger als „erdient" oder „wohlerworben" den Gehalt angesehen wissen, der ihm nach Maßgabe seiner unter der älteren Gehaltsregelung zurückgelegten Dienstjahre im System der neuen Gehaltsordnung ohne die „Sperre" zustehen würde. Diese Sperre (der Ausdruck stammt aus dem Gesetz selbst: Art. 211 Abs. 8) wurde schon im Entwurf zur finanziellen Erleichterung vorgesehen und vom Landtag auf eine weitere Vorrückungsstufe ausgedehnt, wogegen in Art. 211 Abs. 8 mittels einer Fiktion bestimmt wurde, daß die Sperre bei der Pension unberücksichtigt bleibt, als ob sie nicht vorhanden wäre. Diese Vorschrift spricht aber gegen die Klage und deren Auslegung des „erdienten" Gehalts. Wäre es einfach bei dem Regierungsvorschlage geblieben, so wäre klaren Rechtens, daß der gesperrte Gehalt bei der Pension nicht mitzählt. Das Kompromiß auf Anrechnung, wie es zwischen Landtag und Regierung schließlich zustande kam, gibt nach seinem Zweck keinerlei Anlaß, das Wort „erdient" anders aufzufassen; Abs. 8 des Art. 211 BG. enthält sich auch bezeichnenderweise dieses Ausdrucks und spricht nur von „einem seinem Dienstalter nicht entsprechenden Gehalt". Gerade hier wäre aber ersterer Ausdruck am Platze gewesen. Es kann also auch Art. 211 Abs. 8 BG. nicht als ein „unmotiviertes Geschenk" oder „eine unsinnige Geldvergeudung" angesehen werden. Enthält sonach Art. 211 Abs. 8 BG. nichts für die Auslegung des Begriffs „erdient", so ist diese nur aus den dort vorbehaltenen Ueberleitungsvorschriften (VO. v. 6. Sept. 1908, GVBl. S. 681) zu entnehmen, zu denen die GehaltO. nur eine Beilage bildet. Da dort die Art. 26 Abs. 3 bis 5, Art. 27 Abs. 2 bis 4, Art. 28 Abs. 1 bis 4 und Abs. 6, der Art. 29 bis 32, des Art. 34 Abs. 2 usw des BG. entsprechend anwendbar erklärt sind, so müssen die in Ziff. 7 Abs. 3 dieser VO. enthaltenen Sperrvorschriften so ausgelegt werden, daß bei den gesperrten Klassen zu der jeweils laufenden Wirkungsfrist die drei Jahre vom 1. Januar 1909 bis 1. Januar 1912 einfach ebenso hinzuzusetzen sind, als ob dies in der GehaltsO. selbst stünde. Sohin gilt eine gesperrte Stufe nicht als erdient; Sinnbild und Rechtsinhalt decken sich hier vollständig; wo „gesperrt" ist, kann man nicht „eintreten" (auch nicht bedingt), also den Eintritt auch nicht „erreichen"; man ist vielmehr „ausgeschlossen". Der behauptete Widerspruch der Ueberleitungsvorschriften mit dem BG. besteht nicht. Daß Art. 211 Abs. 8 dafür nicht verwendet werden kann, ist bereits ausgeführt. Gehaltsordnung und Ueberleitungsvorschriften sind zwar formell kraft Organisationsrechts der Krone als Verordnung erlassen, aber in allen wesentlichen Punkten, teilweise sogar wörtlich, von beiden Kammern des Landtags beraten und gebilligt. Etwas hiervon Abweichendes hinsichtlich der Sperre enthalten die Ueberleitungsvorschriften überhaupt nicht (vgl. § 20 der Denkschrift, Vhdl. d. AbgK. 1907/08 BeilBd. 2 S. 305, 331 ff.). Hier wie dort werden die bereits erörterten Ausdrücke „ausschließen", „Vorrückung erst ermöglichen", mit „Ausschluß der letzten Dienstaltersstufe" unter Billigung des Landtags gebraucht. Daß jedem Beamten bei der Einordnung in die neuen Gehaltsklassen die volle Anzahl seiner bisherigen Dienstjahre angerechnet werden müsse, steht nirgends, sondern hinsichtlich der Sperre das Gegenteil. Die Denkschrift sagt nur, daß niemand durch die Einführung der GehaltsO. an seinem bisherigen Einkommen eine Einbuße erleiden dürfe. Wohlerworben sind für den Kläger nur die Bezüge nach der alten GehaltsO.; diese hätte er behalten, wenn er vom Recht des Art. 217 BG. Gebrauch gemacht und jede Ueberleitung abgelehnt hätte. Nicht wohl erworben aber war die Einreihung in die neuen Dienstaltersklassen hinsichtlich der Besoldung; insoweit mußte der Kläger das BG. im Komplex (also einschließlich der Sperre) annehmen oder ablehnen. Die Sperre ist freilich nur eine vorübergehende Maßregel; kraft gesetzlicher Ermächtigung und mit Billigung des Landtags ist sie aber ebenso konstruiert worden wie eine neurechtliche Gehaltsvorrückung. Mit Recht sagt die Regierung, daß ihr sonst die Rechte aus Art. 31 BG. aus der Hand genommen wären, die durch die Möglichkeit der Disziplinierung nicht ersetzt würden. Kläger verwechselt al-



gemeines Dienstalter (z. B. für den Rang) und Besoldungsdienstalter. Auch die Aeußerungen des Reichsrats v. Hertling und des Finanzministers v. Pfaff in der Ausschußsitzung der Reichsratskammer vom 1. August 1908 sprechen gegen, nicht für den Kläger. Denn dort stellte v. Hertling die Emeritierung ohne weiteres dem Uebertritt in den Ruhestand gleich und fragte, ob hier die Sperre aufgehoben sei, was v. Pfaff verneinte, weil Emeritierung nicht der Pensionierung gleichstehe, worauf v. Hertling nicht etwa einen Antrag auf Sperreausschluß für Emeritierte stellte, sondern erklärte, er habe die Sache bloß klarstellen wollen. Uebrigens stand im Antrag v. Hertling zu Art. 187 Abs. 3 sogar der Ausdruck „des bisher von ihnen erdienten Gehalts", der wegen eines anderen Kompromisses dann nicht in das Gesetz überging, aber zeigt, daß v. Hertling das Wort „erdient" so verstand wie jetzt der Fiskus. Ebenso legt jetzt auch Reindl, BG. S. 777, den Art. 187 Abs. 3 BG. aus (vgl. auch einen ähnlichen Fall in Recht 1913 Nr. 1426). Unbillige Folgen ergeben sich aus dieser Auslegung nicht, zumal die Staatsregierung bei den im Stande der Emeritierung verstorbenen Professoren zugunsten der Witwen- und Waisenpensionen die Sperre gemäß Art. 211 Abs. 8 BG. unberücksichtigt läßt. Im übrigen ist allerdings Emeritierung begriffsmäßig etwas anderes als Pensionierung; dem Gesetzgeber kommt es aber nicht darauf an, sondern auf den Unterschied zwischen vollaktiven und nicht vollaktiven (d. h. nur von der Vorlesungspflicht befreiten) Professoren; er trägt dem natürlichen Empfinden Rechnung, daß der nicht die volle Besoldung mehr beziehen soll, der einen wesentlichen Teil seiner Dienstpflichten, und zwar gerade den für den Staat wesentlichsten Teil, nicht mehr ausübt. Praktisch darf diese Minderung wohl höher eingeschätzt werden, als der Einkommensverlust bei der Emeritierung. Weiter zu gehen, war der Landtag offenbar schon mit Rücksicht auf die Richter nicht bereit, die ihren vollen Pensionsbezug ohne Ausgleich verloren haben. Auf die günstigere Ueberleitung jüngerer Standesgenossen kann sich niemand kraft Rechtens berufen (BayObLG. n. F. Bd. 11 S. 653). (Urt. v. 10. Nov. 1913, L 265/13). N.

3349

Oberlandesgericht Zweibrücken.

Haftung der Eisenbahn für schuldhafte Transportverzögerung innerhalb der tarifmäßigen Lieferfrist (Art. 41 des internat. Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr i. d. F. vom 19. September 1906, § 466 HGB.). Für den Kläger L. war am 14. März 1911 in B. in Oesterreich-Galizien mit einem Frachtbrief für internat. Eisenbahntransport ein Wagen Steckzwiebeln als Frachtgut zur Beförderung nach H. in der bayerischen Pfalz mit dem Vermerk „Kartierung Gelnhausen" aufgegeben worden. Auf der Grenzstation beschrieb ein Bediensteter der Bahn den Wagenzettel versehentlich mit Gelsenkirchen statt Gelnhausen. Infolgedessen wurden in Halle Wagen und Begleitpapiere getrennt; diese gingen über Gelnhausen nach H., während der Wagen nach Gelsenkirchen lief. Dort blieb er vom 22. bis 29. März stehen, weil keine Erkundigungen eingezogen wurden. Nach Aufklärung wurde er als Eilgut nach H. befördert, wo er am 1. April ankam. Die tarifmäßige Lieferfrist endete erst am 3. April 1911. Der Kläger behauptet, der Wagen habe um 10—11 Tage länger gebraucht als bei regelmäßigem Güterverkehr; infolge dieser Verzögerung sei ihm durch teilweises Verderben der Zwiebeln und durch Rückgängigmachung von Bestellungen ein Schaden von 2000 *M* entstanden. Seine Klage wurde abgewiesen, die Berufung wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die Haftung der Eisenbahn aus dem mit intern. durchgehenden Frachtbriefe abgeschlossenen Frachtvertrage bestimmt sich bei der Gütersendung von Oesterreich-Galizien nach Deutschland ausschließlich nach dem intern. Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr (IUeb.). Zur Begründung einer Haftung können weder die Bestimmungen der deutschen EisVerkO., noch die Vorschriften des HGB. über die allgemeinen Verpflichtungen der Frachtführer herangezogen werden. Der Schadensersatzanspruch wird auf die durch grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn verschuldete, verspätete Ankunft des Wagens in H. gestützt. Da die Lieferzeit nicht überschritten ist, können nicht Art. 39 und 40 IUeb. angewendet werden, welche die Haftpflicht für Lieferfristversäumung regeln. Daraus, daß die Sendungen von B. nach H. in der Regel innerhalb 7—8 Tagen bewirkt werden, kann mangels gesetzlicher oder vertraglicher Sonderbestimmungen für den Kläger kein klagbares Recht darauf entstehen, daß solche Sendungen immer innerhalb dieser Frist ausgeführt werden, und kein Schadensersatzanspruch erwachsen, wenn einmal ein Transport die ganze tarifmäßige Lieferfrist von 19 Tagen in Anspruch nimmt. Auf die Ursachen der ausnahmsweisen Verzögerung kommt es dabei nicht an, sofern nur die Lieferfrist eingehalten ist (Eger, IUeb. Art. 39 Z. 195, III A; Rundnagel, Haftung der Eisenbahn S. 44 und Art. 12—15). Der Anspruch kann daher nur Erfolg haben, wenn er mit Art. 41 IUeb. begründet werden kann.

Dem Erstrichter wird darin beigetreten, daß mindestens in dem Stehenlassen des Wagens in Gelsenkirchen vom 22. bis 29. März eine grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn zu erblicken ist, und daß dem Kläger infolge des — gegenüber dem Regelfalle — späten Eintreffens der Ware in H. ein Schaden entstanden ist. Trotzdem ist Art. 41 IUeb. hier nicht anwendbar. Seine Bedeutung ist umstritten. Einerseits wird behauptet, daß er nur bezüglich der Höhe des Schadens die Haftpflicht der Eisenbahn verschärfen will; andererseits findet man darin die Begründung einer allgemeinen Schadensersatzpflicht der Eisenbahn (vgl. bes. Rundnagel a. a. O. § 28 A. 2). Entstehungsgeschichte (vgl. Eger a. a. O. S. 428 f.; Rosenthal, IEisenbahnfrachtr. S. 244) und Stellung des Art. 41 sprechen mehr für die erstere Auffassung. Nachdem in den vorausgehenden Art. 34, 35, 37—40 die jeweils dem Umfang nach beschränkte Haftung der Eisenbahn für Schäden aus Verlust, Minderung oder Beschädigung des Gutes und Versäumung der Lieferfrist geregelt ist, heißt es in Art. 41: „Die Vergütung des vollen Schadens kann in allen Fällen gefordert werden, wenn derselbe infolge der Arglist oder der groben Fahrlässigkeit der Eisenbahn entstanden ist". Hinter den Worten „in allen Fällen" waren ursprünglich von der 3. Konferenz die vorgenannten Art. 34, 35, 37—40 in Klammer angeführt und damit die beschränkte Geltung des Art. 41 außer Zweifel gesetzt. Das eingeklammerte Zitat ist dann bei der letzten Konferenz ohne Begründung gestrichen worden. Wenn in dem Urteile des OLG. Marienwerder vom 2. Juni 1910 (SeuffA. 66, 155) gesagt ist, die Streichung des Zusatzes könne nur den Sinn gehabt haben, klarzustellen, daß die Haftung auf die vorhin angegebenen Fälle nicht habe beschränkt werden sollen, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Mit demselben Recht kann man sagen, daß die Streichung erfolgt sei, weil man die ausdrückliche, zahlenmäßige Bezugnahme auf die vorangehenden Artikel über die beschränkte Haftung wegen des unmittelbaren Anschlusses des Art. 41 unter Vorenthaltung der Worte „die Vergütung des vollen Schadens" für überflüssig gehalten hat. Die Vorschrift des Art. 41 ist als Ausnahme des Art. 30 IUeb. („die Eisenbahn haftet nach Maßgabe der in den folgenden Artikeln enthaltenen näheren Bestimmungen für den Schaden, welcher durch Verlust, Minderung oder Beschädigung des Gutes") und Art. 39 („welcher durch Versäumung der Lieferfrist entstanden ist") eng auszulegen (Warn. 1904 zu

Art. 41 Z. 1). Dem steht auch nicht die vom OLG. Marienwerder a. a. O. als unhaltbar bezeichnete Folgerung entgegen, daß die Eisenbahnverwaltung nicht einmal dann haften würde, wenn sie — abgesehen von besonders gelagerten Fällen — mit Vorsatz Schaden zufügte. Das JUeb. regelt nur die Haftung der Eisenbahn aus dem intern. Frachtvertrage; ihre Haftung aus absichtlicher Schadenszufügung, also aus einer unerlaubten Handlung, ergibt sich aus den betr. Bestimmungen der Landesrechte. Aber auch bei weiterer Ausdehnung über die Fälle der Art. 34, 35, 37—40 JUeb. hinaus umfaßt Art. 41 mit den Worten „in allen Fällen" immer nur die Fälle, in welchen von der Eisenbahn auf Grund des JUeb. überhaupt ein Schadenersatz zu leisten ist (Eger Art. 41 Z. 207 B 3). Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines Schadensanspruchs gegen die Eisenbahn müssen in einem der vorausgegangenen Artikel des JUeb. niedergelegt sein; der Art. 41 trifft dann nur die Bestimmung über den Umfang der Schadensersatzpflicht bei Hinzutreten des inneren Tatbestandes der Arglist oder groben Fahrlässigkeit.

Die Fälle, in denen die Eisenbahn wegen verspäteten Eintreffens des Gutes am Bestimmungsorte für den Schaden haftet, sind in Art. 39, 40 geregelt. Sie setzen immer eine Ueberschreitung der tarifmäßigen oder besonders bedungenen Lieferfrist voraus. Die Bahn haftet in dem verschiedenartig abgestuften Umfang des Art. 40 bis zum Betrage der ganzen Fracht oder des angegebenen „Interesses". Erst wenn der innere Tatbestand der Arglist oder der groben Fahrlässigkeit der Eisenbahn hinzukommt, tritt die Haftung des Art. 41 für den vollen Schaden ein. Solange die Lieferfrist nicht überschritten ist, begründet selbst eine durch Arglist oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführte Verzögerung des Transportes über die gewöhnliche Beförderungsdauer keine Ersatzverbindlichkeit (Rundnagel § 10, Text und Note 12—15, § 28 A. 2). Ein Rückschluß auf die Richtigkeit dieser Auslegung des Art. 41 JUeb. läßt sich ziehen aus dem Vergleich der Stellung, welche die fast gleichlautende Vorschrift im HGB. und in der deutschen EisVerkO. gefunden hat, aus denen dieser Grundsatz in das JUeb. übernommen worden ist (Eger, JUeb. Z. 210). § 466 HGB. setzt in Abs. 1 die Haftung der Eisenbahn für den Schaden aus Versäumnis der Lieferfrist fest, bestimmt in Abs. 2 und 3 unter Hinweis auf die EisVerkO., in welchem — beschränkten — Umfang dieser Schaden zu ersetzen ist und schreibt dann in Abs. 4 vor: „Der Ersatz des vollen Schadens kann gefordert werden, wenn die Versäumung der Lieferfrist durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt ist". Entsprechend dem § 466 HGB. ist in § 94 EisVerkO. die Haftung der Eisenbahn für Ueberschreitung der Lieferfrist in Abs. 1—4 geordnet und in Abs. 5 „wegen der Fälle, in denen voller Ersatz zu leisten ist" in Uebereinstimmung mit § 466 IV auf die mit diesem und Art. 41 JUeb. gleichlautende Vorschrift des § 95 hingewiesen: „Ist der Schaden durch Vorsatz (Arglist) oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so ist in allen Fällen der volle Schaden zu ersetzen". Die gleiche Fassung und Stellung der Vorschrift findet sich bezüglich der Haftung der Bahn aus dem Frachtvertrag für gänzlichen oder teilweisen Verlust oder Beschädigung des Gutes in §§ 457 III, 464 II HGB., der gleiche Hinweis auf § 95 EisVerkO. in diesen Fällen in §§ 88 III und 89 III EisVerkO.

Daraus geht hervor, daß Art. 41 JUeb. keine von den allgemeinen Bestimmungen gesonderte Schadensersatzpflicht der Eisenbahn neu begründen will, sondern daß er nur die in den vorausgegangenen Artikeln unter den dort angeführten tatsächlichen Voraussetzungen festgesetzte Schadensersatzpflicht, soweit sie dort etwa beschrieben ist, erweitern und verstärken will, wenn der Schaden durch Arglist oder Fahrlässigkeit der Leute der Eisenbahn oder der Personen entsteht, deren sie sich bei der Ausführung des von ihr übernommenen Transports bedient und für sie nach Art. 29 JUeb. haftet. Die Fälle, in denen Gerichte zu anderer Anschauung gelangt sind, liegen teilweise anders. In dem Urteile des OLG. Marienwerder war Art. 41 nur zur Auslegung des Art. 95 JUeb. herangezogen worden; auch handelte es sich dort um Unterlassung einer im Frachtbriefe vorgeschriebenen streckenweisen Benützung eines Personenzugs für den fraglichen Viehtransport; ebenso war in dem Urteile der Kammergerichts und im Reichsgerichtsurteile vom 11. Februar 1905 (bei Rundnagel S. 45) die Besonderheit der vertragswidrigen Abweichung von der durch den Absender vorgeschriebenen Routenvorschrift und damit eine Zuwiderhandlung gegen Art. 6 Z. 1 JUeb. gegeben. Warum bei Einhaltung der Lieferfrist die Anwendbarkeit des Art. 41 JUeb. nicht ausgeschlossen ist, wird vom RG. nicht näher begründet. Eine Auslegung des Art. 41 JUeb. i. S. des Klägers würde geradezu einer Ausschaltung der Vorschriften des Art. 14 JUeb. und § 6 der Ausführungsbestimmungen über die tarifmäßigen Maximallieferfristen gleichkommen und dazu führen, daß die Eisenbahn in allen Fällen die Beförderung binnen einer den Umständen nach angemessenen oder nach den Erfahrungen eines regelmäßigen Güterverkehrs zu bemessenden Frist zu bewirken hätte. Darauf haben aber Absender und Empfänger wegen der durch die Eisenbahnen vereinbarten und Bestandteil eines jeden Frachtvertrags werdenden Maximallieferfristen keinen Anspruch. Vertragsgemäß konnte der Kläger nur verlangen, daß ihm das Gut innerhalb der tarifmäßigen Lieferfrist in H. zur Verfügung gestellt wird. Dies ist geschehen. Es kann keinen Unterschied begründen, ob die Eisenbahn den Wagen Zwiebeln erst am 2. April 1911 infolge von Umständen abliefern konnte, welche ihr nicht zum Vorsatz oder zur groben Fahrlässigkeit angerechnet werden können, welchen Falles natürlich der Kläger keinerlei Schadensersatzanspruch erheben könnte, oder ob dies die Folge der groben Fahrlässigkeit der Eisenbahnbediensteten in Gelsenkirchen war. In beiden Fällen hat die Eisenbahn vertragstreu innerhalb der Lieferzeit den Transport beendet. (Urt. vom 20. April 1914, L 251/13). \.

3367

Aus der Rechtsprechung des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs.

Wie ist die dreijährige Frist des § 57 Ziff. 3 GewO. zu berechnen, wenn die Strafvollstreckung unterbrochen und dem Verurteilten für den Rest der Strafe eine Bewährungsfrist bewilligt worden ist? Aus den Gründen: G. war wegen Betrugs am 18. Januar 1909 zu einem Jahre Gefängnis verurteilt worden und hatte tags darauf die Strafe angetreten. Am 25. August 1909 wurde die Strafvollstreckung unterbrochen; für den Rest der Strafe wurde ihm eine Bewährungsfrist von vier Jahren d. i. bis zum 25. August 1913 bewilligt. Die Vorinstanzen haben ihm am 1. März und 4. Juli 1913 eine Gewerbelegitimationskarte auf Grund der § 44 Abs. 3 mit 57 Ziff. 3 GewO. versagt; die völlige Vollstreckung der Strafe sei nur aufgeschoben; eine Begnadigung, die ihr gleichkäme, noch nicht ausgesprochen und demgemäß die Strafe erst teilweise verbüßt, die dreijährige Frist des § 57 Ziff. 3 GewO. sonach noch nicht in Lauf gesetzt, geschweige denn abgelaufen. — Zweifellos war vom Standpunkte der Vorbescheide die Strafe des G. am 25. August 1909, am Tage der Strafunterbrechung, noch nicht vollständig und endgültig verbüßt. Anderseits bedeutet die Handhabung des

Gesetzes i. S. der Vorbescheide eine große, vom Gesetze vielleicht nicht beabsichtigte Härte: wer wegen guter Führung eine Bewährungsfrist erhält, ist auf diese Weise schlechter gestellt, als der andere, der sich der bedingten Begnadigung nicht würdig erwiesen und seine Strafe sofort verbüßt hat. Es käme dabei in Betracht, ob bei Schaffung der einschlägigen Vorschriften der GewO. überhaupt mit einer bedingten Begnadigung schon gerechnet worden ist und die Absicht des § 57 Ziff. 3 GewO. nicht lediglich dahin geht, gewisse bestrafte Elemente zunächst durch längere einwandfreie Führung zu erproben und zu diesem Zwecke drei Jahre lang vom Gewerbebetrieb unbedingt fernzuhalten (vgl. Reger 30, 221). Doch kann hier dahingestellt bleiben, ob für solche Erwägungen gegenüber dem Wortlaute des Gesetzes Raum ist oder nur durch Aenderung des Gesetzes geholfen werden kann, und ob es unter allen Umständen zulässig wäre, die dreijährige Frist vom Beginne der Bewährungsfrist oder vom Tage der Strafunterbrechung an zu berechnen. Inzwischen ist nämlich am 5. November 1913 der Rest der Strafe aus Gnade erlassen worden. Nunmehr kann unter allen Umständen vom Standpunkte der GewO. — und nur um deren Anwendung handelt es sich — der Tag, an dem G. den ersten Teil seiner Strafe verbüßt hatte, als der Tag angesehen werden, an dem er die erkannte Strafe überhaupt verbüßt hat, m. a. W. es hat, auch wenn man der Bewilligung der Bewährungsfrist an sich noch keinen Einfluß einräumt, doch der Gnadenerlaß die Bedeutung, daß er die seinerzeitige bedingte Begnadigung rückwärtswirkend zu einer endgültigen Begnadigung macht. Die Voraussetzung des § 57 Ziff. 3 liegt also nicht mehr vor. (Entsch. des II. Senats vom 28. Nov. 1913). E.

Bücheranzeigen.

Der Justizstaatsdienst. Eine Sammlung von Vorschriften und Beispielen betreffend den Vorbereitungsdienst, die Praxis und die Verwendung im Justizstaatsdienst. Herausgegeben und verlegt von Hans Stärzl, Geheimsekretär im Staatsministerium der Justiz. München 1914. Preis 2.80 Mk.

Die Vorschriften über den Vorbereitungsdienst und die Verwendung im Justizdienste sind zahlreich und vielfach zerstreut. Ihre genaue Kenntnis und Beachtung erspart den Bewerbern und den Behörden manchen Zeitverlust und viele Weitläufigkeiten. Die dankenswerte Zusammenstellung, die durch zahlreiche Beispiele erläutert ist, sei deshalb allen Interessenten bestens empfohlen. In einem Anhang enthält das Buch u. a. eine bisher nicht veröffentlichte Beschreibung der Dienstwohnungen der Gerichtsvorstände, die allen Bewerbern um solche Stellen sehr willkommen sein wird. Gtr.

Bendix, Dr. Ludwig, Das Problem der Rechtssicherheit. Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft, Bd. III Heft 5. Berlin 1914, Carl Heymanns Verlag.

Bendix gelangt zu dem Satze: Die Entscheidung eines Rechtsstreits ist notwendig ungewiß, unserer Aufgabe kann es nur sein, die Unsicherheitsursachen möglichst zu bekämpfen. Also relative statt absoluter Rechtssicherheit. Wenn man mit der Rechtsquellenlehre von der absoluten Ungewißheit des Rechtsbegriffs ausgeht, mag man die — notwendig übermäßige — Relativität des im Einzelfall Erreichbaren als etwas Sicherheitsähnliches hinnehmen können. Jedenfalls ist aber der Hinweis auf diese Relativität immer wieder verdienstlich. Auch im einzelnen bietet die Abhandlung viel Lesenswertes. So etwa die Absage an den „Judexismus", worunter der Glaube verstanden wird, die Freierstellung des Richters an sich verbürge das richtige Recht, und die Betrachtung über die Schattenseiten der richterlichen Unparteilichkeit.

München. Amtsrichter Sauerländer.

Wolff, Dr. Emil, Kreisamtmann a. D., Syndikus und **F. Birkenbihl,** Oberlandesgerichtsrat, Die Praxis der Finanzierung bei Errichtung, Erweiterung, Verbesserung, Fusionierung und Sanierung von Aktiengesellschaften 2c. Handbuch für Juristen, Bankiers usw. 3. Aufl. XII, 339 S. Berlin 1914, Otto Liebmann. Geh. Mk. 6.75, geb. Mk. 7.75.

Die 3. Auflage wird als unveränderter Abdruck der 2. von dem überlebenden Verfasser Wolff bezeichnet. Es liegt eine glänzende Anerkennung der Fachleute in der Tatsache, daß die 2. Auflage in der verhältnismäßig kurzen Zeit von 5 Jahren vergriffen war. In glücklicher Weise haben sich bei der Bearbeitung Volkswirtschaftler und Jurist die Hand gereicht. In so klarer und übersichtlicher Weise wie in dem Buche findet man in keinem Kommentar zu irgendeinem Sonderrecht die behandelten Vereinigungsformen (vgl. die geschichtliche Einleitung) vom wirtschaftlichen und juristischen Standpunkt aus beleuchtet. Die gewählten Beispiele beweisen, daß ein juristisch gebildeter Fachmann, ausgezeichnet durch eine tüchtige kaufmännische Schulung und Kenntnis des kaufmännischen Bilanzwesens, mit Sorgfalt die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaftsgebilde in ihrem Auf- und Niedergang verfolgt, hieraus Schlüsse zieht und dem Leser Ratschläge und Winke erteilt. Fast keine der so häufig, besonders bei Bilanzfeststellungen, Kapitalsänderungen der Gesellschaften (Erhöhung oder Herabsetzung), auftauchenden Streitfragen blieb unerörtert. Sogar das Stempelrecht ist beachtet, wenn auch nicht in der durch die Gesetzgebung des Jahres 1913 eingetretenen Aenderung. Der 3. Teil behandelt den „Verkehr in Wertpapieren". Ausgehend von den Voraussetzungen und Bedingungen für Bildung des Börsenkurses werden die rechtlichen Beziehungen zwischen Bankier und Publikum besprochen. Musterbeispiele für Ausgabe von Prospekten bei Emission von Aktien und Obligationen erhöhen den Wert des Buches. Es kann jedem Bankier, noch mehr aber dem Juristen, dessen Beruf die Vertrautheit mit den geschilderten wirtschaftlichen Erscheinungsformen voraussetzt, geraten werden, das Werk als verlässigen Ratgeber seiner Bibliothek einzuverleiben. Der 3. Auflage seien die besten Wünsche für den gleichen Erfolg wie bisher mit auf den Weg gegeben.

München. Justizrat Dr. Heinr. Frankenburger.

Strube, Dr. Karl, Gerichtsassessor, Die strafrechtliche Behandlung der Jugend in England unter Berücksichtigung der erziehlichen Maßnahmen. VIII und 302 S. Berlin 1914, Verlag von Otto Liebmann. Geh. 7 Mk.

Das Buch liefert die erste umfassende, zusammenhängende Darstellung der englischen Jugendstrafrechtspflege. Es berücksichtigt die Vorschriften und Einrichtungen des materiellen Rechts, des Verfahrens und des Vollzugs der gegen Jugendliche zulässigen Maßregeln, namentlich des Strafvollzugs. Eine solche Darstellung kann auch für den Ausbau unserer heimischen Jugendstrafrechtspflege Nutzen stiften, obschon der Verfasser es wegen der Verschiedenheit der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen vermieden hat, unmittelbare Nutzanwendungen aus den — nicht immer nachahmungswerten — fremden Rechtseinrichtungen auf die heimischen Verhältnisse zu ziehen und vergleichende Werturteile abzugeben. Die Schilderungen des Verfassers beruhen durchwegs auf eigener Anschauung während eines mehrmonatigen Studienaufenthalts in England; dies macht sie besonders wertvoll — nicht bloß für Juristen, sondern für alle an der Jugendfürsorge beteiligten Kreise.

Dr.

Roeſt, Dr. B., Juſtizrat, Rechtsanwalt beim Amtsgericht in Solingen, und **E. Blum**, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht in Köln. Die Reichsgerichtsentſcheidungen in Zivilſachen. 81. Band der amtlichen Sammlung nach dem Zuſammenhang mit der übrigen Rechtſprechung und in gekürzter Faſſung. XXIII, 189 Seiten. Berlin 1913, Carl Heymanns Verlag. Mk. 2.—, gebd. Mk. 2.50.

Dieſe vom 72. Bande der amtlichen Sammlung an erſchienene Bearbeitung der reichsgerichtlichen Entſcheidungen hat viel Beifall gefunden und iſt auch von uns ſchon wiederholt angezeigt worden. Auf die früheren empfehlenden Beſprechungen ſei hiermit verwieſen. E.

Caſpari, J., juriſt. Repetitor, Berlin. Strafgeſetzbuch für das Deutſche Reich nebſt Einführungsgeſetz. Handkommentar für Studium und Praxis. Teil I. VI und 75 Seiten. Wittenberg 1913, A. Ziemſen Verlag. Mk. 2.25.

Verfaſſer überſchätzt den Wert ſeiner Arbeit und unterſchätzt die Bedürfniſſe von Studium und Praxis und die an einen „Handkommentar" zu ſtellenden Anforderungen. Das Büchlein iſt nichts als ein dürftiger, nach Inhalt und Preis weder dem Studierenden, noch dem Praktiker zu empfehlender Auszug aus dem Frankſchen Kommentar.[1]) Viele Paragraphen ſind überhaupt nicht erläutert.

München. Dr. Doerr.

Merzbacher, Sigmund, Rechtsanwalt, Juſtizrat in Nürnberg. Reichsgeſetz, betreffend die Geſellſchaften mit beſchränkter Haftung in der Faſſung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898. 5., neubearbeitete Auflage. 267 Seiten. München 1913, C. H. Beckſche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Geb. Mk. 3.—.

Das viel umſtrittene, für das Wirtſchaftsleben außerordentlich bedeutſame Geſetz iſt durch Merzbacher auch in der vorliegenden 5. Auflage ſeiner Handausgabe ſachkundig und zuverläſſig erläutert worden. Aus der Rechtſprechung hat der Verfaſſer beſonders auch die in der Leipziger Zeitſchrift veröffentlichten Entſcheidungen herangezogen, die auf dieſem Gebiet eine Fundgrube von Material enthält. B.

Knaf, Gerichtsaſſeſſor i. Ulrichſtein i. H. Der Genoſſenſchaftsrichter. gr. 8° Selbſtverlag. geb. Mk. 3.—.

Das Buch bietet eine äußerſt fleißige, lückenloſe Sammlung aller für die Führung des Genoſſenſchaftsregiſters in Betracht kommenden Formulare für Anmeldungen, Anträge, Einreichungen und Verfügungen. In den Anmerkungen erläutert der Verfaſſer die Formulare kurz und treffend unter Anführung der geſetzlichen Beſtimmungen. Letztere ſind, wie Stichproben ergeben, nicht immer ganz genau. So muß es z. B. auf S. 5 Ziff. 12 ſtatt § 42 Geſetz wohl richtiger Bek. § 6 Abſ. 3, S. 11 Zeile 3 ſtatt § 16 § 18 heißen. Die Erläuterungen ſind zum Teil beſonders gelungen, wie S. 15 betr. die Beſtimmung der Veröffentlichungsblätter außer dem Reichsanzeiger, S. 33 betr. die Faſſung der Eintragung von Satzungsänderungen, S. 117 betr. die Uebertragung von Geſchäftsguthaben. Manche davon wiederum werden vielleicht nicht den Beifall eines jeden Regiſterrichters finden, ſo S. 5 Ziff. 8 betr. Zeichnung der Vornamen, S. 11 und 31 betr. die Prüfungspflicht des Regiſterrichters, S. 33 betr. Nichtangabe des Datums von Satzungsänderungen, Aenderung des Datums der Satzung (?), S. 91 Ziff. 5 betr. Zeichnung der neuen „Firma", S. 97 Ziff. 6 betr. Unzuläſſigkeit der Kündigungszurücknahme nach erfolgter Eintragung. In ſprachlicher Beziehung könnte das Werkchen noch manche Verbeſſerung vertragen. Im Ganzen iſt es ein empfehlenswertes Handbuch für den Regiſterrichter, namentlich den noch nicht völlig eingearbeiteten. Seine Benutzung wird ihm Zeit und Formfehler erſparen. Auch den Genoſſenſchaften ſelbſt kann das Buch empfohlen werden.

München. Amtsrichter Teſſel.

[1]) Uebereinſtimmend Mittermaier in DIZ. vom 1. Februar 1914 S. 243.

Geſetzgebung und Verwaltung.

Das Geſetz gegen den Verrat militäriſcher Geheimniſſe vom 3. Juni 1914 wird im RGBl. Nr. 32 auf S. 195 ff. veröffentlicht. Es enthält eine Reihe neuer, zum Teil eigenartig geſtalteter ſtrafrechtlicher Tatbeſtände. Es kann daher nur im größeren Rahmen behandelt werden, zumal da ſich in jüngſter Zeit die Strafverfahren wegen Spionage bedeutend vermehrt haben, das Geſetz alſo erhöhte Aufmerkſamkeit verdient. Es iſt deshalb Vorſorge dafür getroffen, daß es nach den Gerichtsferien in dieſer Zeitſchrift in einer umfaſſenden Abhandlung beſprochen und erläutert wird.

3396

Der Vollzug des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgeſetzes. Das JMBl. teilt auf S. 100 die für den Vormundſchaftsrichter wichtigen Beſtimmungen der Bekanntmachung des Staatsminiſteriums des Innern vom 16. März d. Js. (MABl. S. 117) mit. Es handelt ſich um die Mitwirkung der geſetzlichen Vertreter und des Vormundſchaftsgerichts bei der Entſcheidung über die Staatsangehörigkeit von Findelkindern (§ 4 des Geſ.), bei Aufnahmegeſuchen und Einbürgerungsgeſuchen unter elterlicher Gewalt ſtehender und bevormundeter Perſonen (§§ 7, 8 des Geſ.) und bei der Entlaſſung ſolcher Perſonen aus dem Staatsverbande (§ 19 des Geſ.). Der Weg, auf dem die mit der Inſtruktion befaßte Diſtriktsverwaltungsbehörde die Entſcheidung des Vormundſchaftsgerichts über die Genehmigung des Entlaſſungsantrags herbeizuführen hat, iſt dabei ſehr zum Vorteil des bisher recht unterſchiedlichen und willkürlichen Verfahrens geordnet.

3397

Mitteilung.

Die Zulaſſung zur Rechtsanwaltſchaft. Am 11. März ds. Js. wurde in München ein „Verein bayeriſcher Rechtsanwälte zur Abänderung der Zulaſſungsvorſchriften" gegründet. Er will unter Wahrung der Unabhängigkeit des Anwaltſtandes ſeiner Ueberfüllung und Entwertung entgegentreten. Mitglied des Vereins kann jeder bayeriſche Rechtsanwalt ſein.

Als Vorſtandsmitglieder wurden gewählt: die Rechtsanwälte Dr. Tuchmann (Vorſitzender), Popp (Schriftführer), Dr. Graf v. Peſtalozza (Kaſſier), Juſtizrat Dr. Heinsfurter und Rechtsanwalt Dr. Paret (Beiſitzer). Als Mitglieder ſind bis jetzt 172 Rechtsanwälte beigetreten. Anmeldungen nimmt entgegen der Schriftführer Rechtsanwalt Popp in München, Frauenſtraße 12/II.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, Regierungsrat im Staatsminiſterium der Juſtiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freiſing.

Nr. 14 u. 15. München, den 1. August 1914. 10. Jahrg.

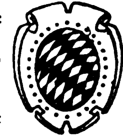
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Der Ueberweisungs- und Scheckverkehr der Post.

Von Dr. Arthur Riggl,
Postrat im K. Bayer. Verkehrsministerium.

Der Ueberweisungs- und Scheckverkehr der deutschen Postverwaltungen war seit dem Jahre 1909 auf Grund gesetzlicher Ermächtigung[1]) durch Verordnungen geregelt. An deren Stelle traten am 1. Juli 1914 das PScheckG. vom 26. März 1914 (RGBl. S. 85) und die gemäß § 10 Abs. 1 dieses Gesetzes vom Reichskanzler erlassene PostscheckO. vom 22. Mai 1914 (a. a. O. S. 131). Diese gilt sowohl für das Reichspostgebiet als auch arg. § 11 a. a. O. für den deutschen Wechselverkehr. Für seinen inneren Verkehr hat Bayern eine eigene PostscheckO. erlassen.[2]) Die §§ 2, 5 und 6 PScheckG., die gemäß § 11 a. a. O. für den innern Verkehr Bayerns nicht gelten, sind durch die §§ 2 III, 6 VII und 11 I der bayerischen Verordnung auch auf diesen Bereich für anwendbar erklärt. Es besteht also, von geringen Abweichungen abgesehen, tatsächlich Rechtseinheit, wenn sie auch formell teilweise auf verschiedener Grundlage beruht. In den folgenden Erörterungen über die wichtigsten rechtlichen Beziehungen der Postverwaltung zu ihren Kontoinhabern beim Ueberweisungs- und Scheckverkehre[3]) wird daher nur auf das PScheckG. und die RPScheckO.[4]) verwiesen werden.

Der Postscheckverkehr ist im wesentlichen dem Giroverkehre der Großbanken, vor allem der Reichsbank,[5]) nachgebildet und verfolgt wie dieser wirtschaftlich den Zweck, den Zahlungsausgleich zu erleichtern.[6]) Naturgemäß bewegt er sich auf dem Boden des bürgerlichen Rechts. Das G. und die O. haben also kein neues Rechtsgebilde geschaffen, sondern nur die für den privatwirtschaftlichen Betrieb der Banken geltenden Rechtsnormen dem staatlichen Betriebe der Postverwaltung durch besondere in dem G. und der O. niedergelegte Vertragsvorschriften angepaßt. Hieraus erklärt sich auch die Tatsache, daß das G. und die O. bürgerlichrechtliche Bestimmungen konstitutiven Inhalts nur soweit treffen, als die besondere Art des Betriebes der Post und ihr Verhältnis zu den Kontoinhabern dies erfordern, und sich im übrigen darauf beschränken, diejenigen Vorschriften des allgemeinen Rechts, die für den Postscheckverkehr besonders wichtig sind, in einer ihm angeglichenen Weise zu wiederholen. Soweit auch dies unterblieben ist, gilt das allgemeine Recht in unveränderter Form.

I.

A. Der geschäftliche Inhalt des Postscheckverkehrs ist in der Hauptsache folgender:

1. Die Post nimmt Einzahlungen nach allgemeiner Ermächtigung des Kontoinhabers für seine Rechnung auf sein Guthaben entgegen und leistet Auszahlungen nach besonderer Ermächtigung für seine Rechnung bis zur Höhe des zu seiner Verfügung stehenden Guthabens.[7]) Einzahlungen auf das Guthaben können durch Zahlkarte, die auch am Postscheckverkehre nicht Beteiligte aufliefern können, oder durch Ueberweisung von einem anderen Konto erfolgen;

[1]) Siehe § 2 Ges. vom 18. Mai 1908, RGBl. S. 197.
[2]) Vom 7. Juni 1914, GVBl. S. 160.
[3]) Im folgenden nur als Postscheckvertrag bezeichnet.
[4]) Im folgenden nur als G. und O. angeführt.
[5]) Vgl. die „Bestimmungen für den Giroverkehr der Reichsbank“, Reichsbankformular Nr. 276.

[6]) Vgl. § 12 BankG. vom 14. März 1875, RGBl. S. 180. Gemäß § 13 a. a. O. ist die Reichsbank befugt für Rechnung von Privatpersonen, Anstalten und Behörden Inkassos zu erholen und nach vorheriger Deckung . . . . . Anweisungen oder Ueberweisungen auf ihre Zweiganstalten oder Korrespondenten auszustellen.
[7]) Mit der Einlösung von Wechseln, aus denen der Kontoinhaber zu einer Zahlung verpflichtet ist, befaßt sich die Post im Gegensatze zur Reichsbank nicht.

ferner kann der Kontoinhaber die für ihn eingehenden Postanweisungs-, Postauftrags- und Postnachnahmebeträge seinem Konto gutschreiben lassen. Auszahlungen können durch Ueberweisung auf ein anderes Konto oder durch Scheck vorgenommen werden. (Vgl. § 4 G. und §§ 5 bis 9 O.).

2. Als Gegenleistungen hat der Kontoinhaber beim Postscheckamt eine unangreifbare Stammeinlage zu erlegen, Gebühren für die Einzahlung auf sein Guthaben und für Ueberweisungen und Barauszahlungen durch Scheck von seinem Guthaben zu entrichten und den Zinsengenuß aus der Stammeinlage und seinem übrigen Guthaben der Post zu überlassen (§§ 2 und 5 G.).

B. Seiner rechtlichen Natur nach ist der Postscheckvertrag, wie man das diesem Geschäftsverkehre zugrunde liegende Rechtsverhältnis wohl wird nennen dürfen,[8]) ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalte hat und für den die Vorschriften des Auftrags und der Anweisung (§§ 611 ff., 675, 662 ff., 783 BGB.) mit den durch das G., die O. und das ScheckG. getroffenen Einschränkungen gelten.[9]) Das Guthaben hat dabei die Eigenschaft eines gemäß § 669 BGB. gewährten Vorschusses.

II.

A. Die Zulassung zum Postscheckverkehr hängt von der Erfüllung persönlicher und sachlicher Voraussetzungen ab. Als solche kommen in Betracht, daß der Bewerber eine natürliche oder juristische Person, oder eine Handelsgesellschaft, Vereinigung oder Anstalt ohne die Eigenschaft einer juristischen Person, oder eine öffentliche Behörde ist und daß er eine Stammeinlage von 50 *M* erlegt (§§ 1, 2 Abs. 1 G.). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so muß die Post den Bewerber zum Postscheckverkehr zulassen. Dieser „Kontrahierungszwang", der ein Gegenstück zum Betriebs- und Beförderungszwang der Post nach § 3 PostG. bildet, ist Ausfluß der Eigenschaft der Post als einer öffentlichen Anstalt. Seine Erfüllung kann, da es sich um eine öffentlichrechtliche Pflicht handelt, nur durch Verwaltungsbeschwerde verfolgt werden; die Zivilklage ist nicht zulässig.[9a])

B. Der Postscheckvertrag kommt zustande durch Antrag bei einem Postscheckamt oder einer anderen Postanstalt und durch Annahme des Antrags durch das Postscheckamt und Eröffnung eines Kontos für den Antragsteller, der dadurch zum Kontoinhaber wird (§ 1 G., § 1 O., §§ 145, 151 BGB.; s. auch §§ 107, 108, 1633, 110, 112 BGB.).

C. Der Vertrag erlischt durch Kündigung und durch Konkurs des Kontoinhabers. Die Kündigung steht dem Kontoinhaber jederzeit frei, der Post dagegen nur dann, wenn der Kontoinhaber sein Guthaben mißbräuchlich, also vorsätzlich oder grobfahrlässig, überzieht (§ 8 G.; vgl. § 623 BGB.). Im Konkursfalle erlischt der Postscheckvertrag gemäß § 23 Abs. 2 KO. Gleichzeitig erlöschen auch die vom Kontoinhaber gemäß § 6 III O. ausgestellten Vollmachten zur Ausstellung von Ueberweisungen und Schecks (§ 168 BGB.). Da jedoch der Vertrag gemäß § 27 Abs. 1 KO. im Umfange des § 672 Satz 2 BGB. fortbesteht, muß die Post Einzahlungen, auch solche durch Ueberweisung, auf das Konto des Gemeinschuldners vorerst noch entgegennehmen. Ferner gilt der Vertrag gemäß § 674 BGB. zugunsten der Post als fortbestehend, solange sie von der Konkurseröffnung keine Kenntnis erhalten hat oder sie nicht kennen muß. In diesem Falle ist die Post wegen ihrer Forderungen aus der Ausführung von Ueberweisungs- und Scheckaufträgen gemäß § 27 KO. Konkursgläubigerin, soweit sie nicht mit dem Guthaben gegen ihre Forderungen aufrechnen kann. Hat die Post Kenntnis von der Konkurseröffnung, so darf sie Ueberweisungs- und Scheckaufträge nicht mehr vollziehen, selbst wenn diese vor der Konkurseröffnung ausgestellt sein sollten. Die Zahlungseinstellung berührt das Vertragsverhältnis nicht.[10])

Verlust der Geschäftsfähigkeit oder Tod des Kontoinhabers bildet ebenfalls keinen Erlöschungsgrund (§ 672 BGB.). Im Todesfalle schließt jedoch die Post das Konto, wenn nicht die Erben, der Testamentsvollstrecker, der Nachlaßpfleger, der Nachlaßverwalter oder eine vom Kontoinhaber zur Weiterführung des Kontos

---

[8]) Allerdings ist mit dieser Bezeichnung der Ueberweisungsverkehr nicht gedeckt; dieser Mangel gilt aber auch für den Namen des PScheckG.

[9]) Im wes. ders. M.: Conrad, Handbuch des deutschen Scheckrechts, Stuttgart 1908, S. 111; Breit, Die Grundlagen des internen Scheckverkehrs, ZHR. Bd. 64 S. 445; Mez, Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Giroverkehrs, ArchBürgR. Bd. 30 S. 57; Berger, Zur rechtlichen Seite des Giroverkehrs, Diss. Rostock 1905, S. 18; Späing, Der Girovertrag der deutschen Reichsbank, Diss. Bonn 1906, S. 17 und 56; Staub, HGB., Berlin 1913, IX, Bd. 2 S. 284; Klein, Die Zahlungseinstellung des Girokunden, ZHR. Bd. 55 S. 182 (vgl. OLGRspr. Bd. 6 S. 80 und RGZ. 54, 333). Abw. Kirschberg, Der Postscheck, Leipzig 1908, S. 92; Kuhlenbeck, Das deutsche Scheckgesetz, Breslau-Leipzig 1908, S. 15 und Lessing, Scheckgesetz, München 1908, S. 48, die einen Vertrag „eigener Art" annehmen.

[9a]) Vgl. OLG. Hamburg IV. ZS., 7. Februar 1910, Bankarch. 7, 31.

[10]) Wegen der hier einschlagenden zahlreichen Streitfragen vgl. u. a.: Brodmann, Zur Lehre vom Girovertrage, ZHR. Bd. 48 S. 161 ff.; Conrad S. 45, 113 und 196; Breit S. 509 und 528; Mez S. 106 ff.; Späing S. 77; Lessing S. 49 und 150 ff.; Klein S. 189 ff.; Kuhlenbeck S. 74; Simonson, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers, Gruchot 1906 S. 45 ff.; Jäger, KO., Bd. 1 S. 260; Staub, HGB. Bd. 2 S. 287, RGZ. 40, 162; 54, 330; OLGRspr. Bd. 14 S. 411, OLG. Zweibrücken SeuffArch. Bd. 58 Nr. 32.

nach seinem Tode bevollmächtigte Person die Weiterführung des Kontos beantragt (§ 12 O.).

D. Von den einzelnen Geschäften, die sich im Rahmen des Postscheckvertrages abspielen, bieten

1. die *Einzahlungen*, die das Postscheckamt gemäß allgemeiner Ermächtigung des Kontoinhabers auf Zahlkarten oder Postanweisungen für sein Konto entgegennimmt, nichts besonders Erwähnenswertes. Bemerkt sei, daß sich die Zahlkarten nur technisch, nicht dagegen rechtlich von den Postanweisungen unterscheiden. Der Einzahler kann sie zurücknehmen, solange der Betrag, auf den sie lauten, dem Konto des Adressaten noch nicht gutgeschrieben ist (§ 2 XII O.). Der Anspruch des Kontoinhabers auf den Betrag entsteht gegen die Post also erst mit der Gutschrift. Für die Zahlkartenbeträge haftet die Post dem Einzahler wie für Postanweisungsbeträge (§ 9 Abs. 3 G., § 6 Abs. 4 PostG.). Der Entschädigungsanspruch erlischt gemäß § 14 PostG. mit Ablauf von sechs Monaten, vom Tage der Einlieferung der Zahlkarte an gerechnet. Wegen der Einzahlungen durch Ueberweisung s. unter 2a.

2. Für die *Auszahlungen* durch Ueberweisung oder Scheck sind einige gemeinsame Grundsätze aufgestellt. Davon ist der wichtigste, daß der Kontoinhaber gemäß § 4 G. über sein Guthaben nur soweit in beliebigen Teilbeträgen verfügen darf, als es die gemäß § 2 Abs. 2 G. einzuzahlende Stammeinlage übersteigt. Die Stammeinlage ist also unangreifbar und dem Kontoinhaber erst bei Lösung des Vertrags zurückzugeben (§ 667 BGB.). Ferner wird die Benützung amtlicher Vordrucke und schriftliche Form verlangt (§ 6 I und V O.).

a) Die *Ueberweisung* durch „*roten Scheck*" von einem Konto auf ein anderes ist in jeder Höhe innerhalb des verfügbaren Guthabens zulässig (§ 7 II O.). Sie erledigt sich in der Weise, daß der Kontoinhaber einen ausgefüllten Ueberweisungsvordruck seinem Postscheckamt übermittelt, worauf dieses den Betrag von seinem Konto abbucht und dem Konto des Ueberweisungsempfängers entweder selbst gutschreibt oder die Gutschrift bei dem Postscheckamte veranlaßt, wo das zweite Konto geführt wird. Mit der Gutschrift entsteht das Verfügungsrecht des Empfängers auf den überwiesenen Betrag und zwar auch dann, wenn die Abbuchung auf dem Konto des Ueberweisenden versehentlich unterblieben ist.[11]) Daraus ergibt sich auch, daß der Aussteller seine Ueberweisung bis zur Gutschrift widerrufen kann (§ 7 VIII O.). Ein Unterschied zwischen den Ueberweisungen der Post und den roten Schecks der Reichsbank besteht nicht. Im Verhältnis zwischen dem Ueberweisenden und der Post ist die Ueberweisung eine besondere Ermächtigung des Kontoinhabers an diese, den Vereinbarungen des Postscheckvertrages entsprechend eine Geschäftsbesorgung vorzunehmen. Im Verhältnis zwischen dem Ueberweisungsempfänger und der Post handelt es sich ebenfalls um eine Geschäftsbesorgung im Rahmen des Postscheckvertrags, nämlich die Entgegennahme einer Zahlung auf allgemeine Ermächtigung hin. Die Zweckmäßigkeit der Ueberweisung hat die Post nicht zu prüfen, da sie nur Kassenhalterin, nicht aber Ratgeberin ihrer Kontoinhaber ist. Eine solche Prüfungspflicht würde mit dem Wesen des Postscheckvertrages unvereinbar sein und müßte, da die Post in derselben Weise die Interessen des Ueberweisenden wie die des Ueberweisungsempfängers wahrzunehmen hätte, häufig zu unlösbaren Schwierigkeiten führen, besonders beim Konkurse oder der Zahlungseinstellung eines Kontoinhabers.[12])

b) *Postschecks* (*Weiße Schecks*) kann der Kontoinhaber innerhalb seines verfügbaren Guthabens bis zum Betrag von 20000 *M* ausstellen (§ 9 II O.). Zugelassen sind nur Rektaschecks, worin eine bestimmte Person oder Firma als Zahlungsempfänger bezeichnet sein muß und deren Uebertragung durch Indossament ausgeschlossen ist, sowie Inhaber-(Kassa-)Schecks (§ 9 VII und XV O.). Schecks mit alternativer Inhaberklausel (z. B. „an Herrn N. oder Ueberbringer") sind abweichend von der Vorschrift in § 4 Abs. 2 ScheckG. nicht zugelassen (§ 9 XV O.). Rektaschecks hat der Aussteller seinem Postscheckamte binnen zehn Tagen nach der Ausstellung (§ 11 ScheckG.)[13]) zu übersenden, das darauf durch Zahlungsanweisung den Scheckbetrag an den Empfänger auszahlen läßt. Hat jedoch der Aussteller die Gutschrift auf dem Konto des Empfängers angeordnet, so hat das Postscheckamt diese selbst vorzunehmen oder die Vornahme durch das Postscheckamt zu veranlassen, das das Konto des Empfängers führt. In diesem Falle liegt ein *Verrechnungsscheck* gemäß § 14 ScheckG. vor. Inhaberschecks sind innerhalb der Vorlegungsfrist dem Postscheckamte zur Auszahlung vorzulegen. Der Inhaber kann dabei die Barauszahlung an sich oder einen Andern (im zweiten Falle durch Zahlungsanweisung) oder die Gutschrift auf seinem oder einem anderen Konto verlangen. Wird der Scheck nach Ablauf der zehntägigen Frist vorgelegt, so steht es im Ermessen des Postscheckamts, ob es ihn einlösen will (§ 9 V Abs. 1 Satz 2 O.). Rektaschecks kann der Aussteller beim Postscheckamte widerrufen, solange die Zahlungsanweisung dem Empfänger noch nicht

[11]) RGZ. 54, 329.

[12]) Vgl. RGZ. 54, 332; OLGRspr. Bd. 6 S. 79; RGZ. 1./15. Dezember 1913, VI 307/13, im „Recht" 1914 Nr. 479; *Breit* S. 528; *Brodmann* S. 161.

[13]) Für Schecks, die im *Auslande ausgestellt* und von deutschen Postscheckämtern einzulösen sind, gelten die Vorlegungsfristen des gemäß § 11 Abs. 2 ScheckG. erlassenen Bundesratsbeschlusses vom 19. März 1908, RGBl. S. 71.

zugestellt ist (§ 9 V Abs. 2 O.). Für Inhaberschecks gilt die Vorschrift des § 13 Abs. 3 ScheckG., wonach der Widerruf während der Vorlegungsfrist erst mit deren Ablaufe wirksam wird.

Wie die Ueberweisung ist der Postscheck eine besondere Ermächtigung (Anweisung) des Kontoinhabers an das Postscheckamt, nach dem Postscheckvertrage eine Geschäftsbesorgung vorzunehmen, für die neben den Bestimmungen des Postsonderrechts das allgemeine Scheckrecht gilt. Der oben erwähnte Verrechnungsscheck wirkt zwar als Ueberweisung, da der Betrag, auf den er lautet, nicht bar ausgezahlt, sondern gutgeschrieben wird; er büßt dadurch aber seine rechtliche Eigenschaft als Scheck nicht ein, da gemäß § 14 Abs. 1 Satz 3 ScheckG. die Verrechnung als Zahlung, d. i. Einlösung, gilt.

E. An dieser Stelle sind noch einige besondere Pflichten der Post und der Kontoinhaber zu erwähnen, die sich aus dem G. und der O. ergeben.

1. Die **Post** hat gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 7 G. und § 1 IV Satz 2 O. dem Kontoinhaber über die Ausführung der Aufträge und über Aenderungen im Stande des Guthabens durch Kontoauszug Mitteilung zu machen.[14]) Diese Benachrichtigungen beziehen sich auf Gut- und Lastschriften auf dem Konto (vgl. § 2 VIII, § 3 II, § 4 II und VII, § 6 VI, § 7 VI, § 8 II und III O.).

2. Wie jede Staatsbehörde hat die **Post** Verschwiegenheit über alle dienstlichen Angelegenheiten zu beobachten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach geboten ist. Diese Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses erstreckt sich nicht auf den dienstlichen Verkehr der Behörden untereinander, sondern nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen sind sie zu gegenseitiger Auskunft verpflichtet. Das Amtsgeheimnis vermöchte nun die berechtigten Interessen der Kontoinhaber nicht genügend zu wahren. Denn die besondere Vertrauensstellung der Postverwaltung zu ihren Kontoinhabern verschafft ihr Kenntnisse über die Vermögensverhältnisse der Kontoinhaber, deren grundsätzlich unbeschränkte Geheimhaltung diese als etwas Selbstverständliches zu betrachten gewohnt und nach der Verkehrssitte auch berechtigt sind. Die Post erkennt daher auch die Pflicht zur Wahrung des **Scheckgeheimnisses** an, das als Gegenstück zum Briefgeheimnis die Grenzen des Amtsgeheimnisses insofern erheblich überschreitet, als es sich auch auf den amtlichen Verkehr der Post mit anderen Behörden, also auch den Steuerbehörden, erstreckt. Wollte die Post sich dieser Pflicht entschlagen, so würde sie damit dem Postscheckverkehre geradezu den Lebensnerv unterbinden. Ausdrücklich ausgesprochen ist der Grundsatz zwar weder im G. noch in der O., er läßt sich aber aus § 7 G. folgern, der die Fälle erschöpfend festlegt, in denen die Post verpflichtet ist, Auskunft über das Scheckguthaben zu erteilen und damit zu erkennen gibt, daß die Post irgendwelche weitere Auskunftspflicht nicht anerkennt und nicht anerkennen darf, ohne ihre Vertragspflicht zu verletzen.[15]) [16])

Die Ausnahmebestimmungen des § 7 G. sind wegen der leidigen und obendrein sprachlich nicht einwandfreien Verweisungen auf andere, zum Teil nur „entsprechend" anzuwendende Gesetzesvorschriften nicht ohne weiteres verständlich. Die Post hat danach Auskunft zu erteilen:

a) in den in § 5 PostG. angegebenen Ausnahmefällen,
b) in entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 4 und des § 9 RSchuldbG. vom 31. Mai 1910, RGBl. S. 840, und
c) im Falle des § 840 ZPO. bei Pfändung durch Zwangsvollstreckung oder Arrest.

Zu a und c. Gemäß § 5 PostG. sind Ausnahmen vom Briefgeheimnis im Strafprozeß, im Konkursverfahren und im Zivilprozeß durch Reichsgesetz festzustellen. Dies ist geschehen durch die §§ 99 bis 101 StPO. und § 121 KO. Die Zivilprozeßordnung enthält keine darauf bezüglichen Vorschriften. Ist nun die Auskunftspflicht gemäß § 7 G. in den erwähnten Verfahren schlechthin zulässig (denn dies sind die „im § 5 PostG. angegebenen Ausnahmefälle") oder nur soweit, als durch die vom § 5 erwähnte Reichsgesetzgebung ausdrücklich Ausnahmen vom Briefgeheimnis zugelassen sind? Die zweite Annahme dürfte die richtige sein, da sonst die im Falle des § 840 ZPO. zugelassene Ausnahme nicht hätte erwähnt zu werden brauchen. Die Auskunftspflicht der Post tritt somit ein, wenn die Beschlagnahme nach den §§ 99 bis 101 StPO. oder die Briefsperre gemäß § 121 KO. oder die Erklärungsabgabe nach § 840 ZPO. angeordnet worden ist.

Zu b. Bei entsprechender Anwendung des § 3 Abs. 4 und des § 9 RSchuldbG. kommen folgende Auskunftsberechtigte in Betracht: Der gesetzliche Vertreter, der Gegenvormund, der Beistand, die Erben und Vermächtnisnehmer, bei fortgesetzter Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte des Kontoinhabers und bei dessen Konkurse der Konkursverwalter, unabhängig von der Postsperre gemäß § 121 KO.; ferner öffentliche Behörden, die zur Revision eingetragener Genossenschaften, eingeschriebener Hilfskassen, juristischer Personen und Vermögensmassen (Stiftungen, Anstalten, Familienfideikommisse), welche ein Konto haben, befugt

[14]) Hierdurch ist die Vorschrift des § 666 BGB. ersetzt: RGZ. 54, 333.

[15]) Auch das Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht des Bankiers und seiner Angestellten haben die Obergerichte unter Hinweis auf § 383 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. anerkannt. S. hiezu **Meister** im Bankarch. Bd. 10 S. 240 und die dort angeführte Rechtsprechung, besonders BayObLGZ. Bd. 1 S. 292; vgl. ferner die Nr. 13 der Zeitschrift S. 271.

[16]) Die im Postscheckverkehr anfallenden Postsendungen schützt selbstverständlich das Postgeheimnis.



sind, und Personen, die von Behörden zu dieser Revision ermächtigt worden sind. Verweigert die Post eine im öffentlichen Interesse verlangte Auskunft, z. B. bei Beschlagnahme im Strafprozeß und bei richterlichen Auskunftsersuchen im Konkursverfahren, so steht dem Berechtigten nur der Weg der Verwaltungsbeschwerde offen. Soll die Auskunft dagegen vermögensrechtlichen Interessen dienen, wie bei der Erklärungsabgabe nach § 840 ZPO. und in den Fällen unter b, so ist Zivilklage zulässig. Die Auskunft erstreckt sich nicht nur auf die Höhe des Guthabens, sondern auch darauf, wann, von wem, von wo und in welcher Höhe Einzahlungen erfolgt sind; wann, in welcher Höhe und zu wessen Gunsten der Kontoinhaber über sein Guthaben verfügt hat.

3. Die Abgabe von Vordrucken zu Ueberweisungen und Schecks an den Kontoinhaber erhöht naturgemäß die Gefahr mißbräuchlicher Benützung des Kontos durch Unberechtigte, da die Ausfüllung eines Vordrucks immerhin weniger Schwierigkeiten bietet, als die Anfertigung einer vollständig handschriftlich hergestellten Urkunde. Nach Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr ist daher der Kontoinhaber gehalten, die Vordrucke vor Entwendung und Mißbrauch besonders zu schützen (§ 157 BGB.). Hieran erinnert § 6 II O. den Kontoinhaber ausdrücklich, indem er ihn verpflichtet, die Vordrucke sorgfältig und sicher aufzubewahren. Nach dieser Vorschrift hat er ferner alle Nachteile zu tragen, die durch den Verlust oder das sonstige Abhandenkommen der Vordrucke, z. B. Diebstahl, entstehen, wenn er nicht das Postscheckamt von den erwähnten Vorkommnissen so rechtzeitig benachrichtigt, daß der Vollzug von Ueberweisungs- und Scheckaufträgen zugunsten von Unberechtigten verhindert werden kann. Endlich macht er ihm zur Aufgabe, die ihm vom Postscheckamte mitgeteilten Sicherheitsmaßregeln zu beachten. Sonach hat der Kontoinhaber nicht bloß gemäß §§ 276 und 278 BGB. für die schädigenden Folgen eines Verschuldens auf seiner Seite aufzukommen, sondern die ganze Gefahr des Verlustes ohne Rücksicht darauf, ob er ihn verschuldet hat, zu übernehmen (s. aber auch unter F.).

F. Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 G. haftet die Postverwaltung dem Kontoinhaber für die ordnungsmäßige Ausführung der beim Postscheckamt eingegangenen Aufträge nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Haftung des Schuldners für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, von denen die für den Postscheckverkehr hauptsächlich in Betracht kommenden oben unter I A 1 und II E angeführt sind (vgl. vor allem §§ 276, 278, 249, 252 und 254 BGB.). Diese Haftvorschrift besteht sowohl zugunsten des Kontoinhabers, der gemäß § 4 G. über sein Guthaben verfügt, als auch zugunsten desjenigen, der gemäß § 3 G. eine Gutschrift erhält. Der Scheckinhaber steht als solcher zur Post in keinem Vertragsverhältnis.[17])

Die Haftpflicht erleidet aber eine wichtige Einschränkung, da die Post gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 G. die Verantwortung für die Folgen ablehnt, die aus der nicht rechtzeitigen Ausführung der ihr erteilten Aufträge entstehen.[18])

Den Schaden aus dem Vollzuge falscher oder verfälschter Ueberweisungs- und Scheckaufträge hat grundsätzlich die Post zu tragen, da die Verkehrssitte (§ 157 BGB.) von der Girobank (hier dem Postscheckamt) äußerste Prüfungssorgfalt verlangt. Nach § 6 III O. hat übrigens auch der Kontoinhaber die Unterschriften der Personen zu hinterlegen, die zur Ausstellung der erwähnten Urkunden berechtigt sein sollen, „damit die Unterschriften auf den beim Postscheckamt eingehenden Ueberweisungen und Schecks auf ihre Echtheit geprüft werden können“, was darauf schließen läßt, daß die Post ihre Prüfungspflicht ausdrücklich anerkennt. Trifft jedoch den Kontoinhaber ein Mitverschulden an dem Schaden, weil er etwa seine Verwahrungs- und Anzeigepflicht nach § 6 II O. nicht erfüllt hat, so regelt sich die Haftfrage nach § 254 BGB.

Bei Inhaberschecks braucht die Post zwar im allgemeinen die Legitimation des Vorzeigers nicht zu prüfen, da für diesen die Vermutung des Eigentums an der Urkunde aus § 1006 BGB. spricht. Immerhin darf sie auch hierbei nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, besonders an offenkundig Unberechtigte nicht zahlen. Für Leistungen, die sie auf falsche Vordrucke bewerkstelligt hat, haftet ausschließlich die Post.[19])

Der Ersatzanspruch gegen die Post verjährt gemäß § 9 Abs. 2 G. binnen zwei Jahren, beginnend mit dem Schlusse des Jahres, in dem der Auftrag dem zu seinem Vollzuge zuständigen Postscheckamte zugegangen ist (vgl. § 196 BGB.). Die Klage ist nicht gegen das Postscheckamt, sondern gegen die Behörde zu richten, die nach den Verwaltungsordnungen zur Vertretung des Postärars in Rechtsstreitigkeiten berufen ist. Das sind im Reichs- und im bayerischen Postgebiete die Oberpostdirektionen, in Württemberg die Generaldirektion der Post und Telegraphen in Stuttgart.

---

[17]) Die Haftung für Zahlkartenbeträge ist bereits oben unter II D 1 erwähnt worden.

[18]) Aufträge müssen nach den Dienstvorschriften der Postscheckämter noch am Tage ihres Eingangs, und wenn sie nach den festgesetzten Schlußzeiten einlaufen, am folgenden Tage erledigt werden. Ein Beamter, der diese Vorschrift schuldhaft nicht befolgt, haftet dem Kontoinhaber aus § 839 Abs. 1 BGB.

[19]) Auf die Haftfälle im einzelnen kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. aus der reichhaltigen Rechtsprechung und Literatur: RGZ. 56, 413; 81, 254; OLG. Karlsruhe in der DJZ. 1905 S. 464; KG. im BankArch. Bd. 12 S. 403; HG. Zürich und SchweizBundG. in der ZHR. Bd. 48 S. 299 ff.; Kuhlenbeck S. 90, Lessing S. 170, Brodmann S. 161, Mez S. 86, Breit S. 524, Conrad S. 249, Kirschberg S. 140 und Berger S. 89.

Rechtsnatur und Ablösung der neurechtlichen Münchener Gemeinschaftsmauer.

Von Landgerichtsrat **Heinrich Lieberich** in München.

(Schluß).

d) Die Ablösungspflicht bei der bewilligten Gemeinschaftsmauer des neuen Rechts hat ihre Grundlage in der vertragsmäßigen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses. Diese Regelung kann von den Teilhabern der Gemeinschaft jederzeit durch neue Vereinbarungen geändert werden und so steht auch nichts im Wege, daß die jeweiligen Teilhaber der Gemeinschaft schon vor Inanspruchnahme des Anbaurechts durch den Nachbarn sich über dessen Ablösungspflicht anderweit einigen, insbesondere diese gegen oder auch ohne sofortige Abfindung des Eigentümers des Erstbaugrundstücks aufheben. Auch eine derartige Vereinbarung wirkt gemäß § 746 BGB. gegenüber den beiderseitigen Besitznachfolgern. Es kann daher der Erwerber des Erstbaugrundstücks, auch wenn die dazu gehörende bewilligte Gemeinschaftsmauer noch nicht angebaut ist, keineswegs darauf rechnen, daß ihm im Falle des Anbaues durch den Nachbarn ein Verbots- und allenfallsiges Ablösungsrecht gegen diesen zustehe. Er muß sich vielmehr ebenso, wie bei anderen Grenzeinrichtungen, über die bestehende Ordnung des beiderseitigen Benutzungsrechts, wozu gegebenenfalls auch die Ablösungspflicht des Nachbarn gehört, bei diesem vergewissern. Wie schon erwähnt, wirken die Vereinbarungen nach § 746 BGB. unabhängig von der Kenntnis der Besitznachfolger gegen diese und da die Verhältnisse der Grenzeinrichtungen auch nicht Gegenstand der Grundbucheintragungen sind, kommt ebensowenig der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs hier zugunsten des Erwerbers des Erstbaugrundstücks in Frage.[30])

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Ablösungspflicht des Nachbars insbesondere auch durch einfachen Verzicht des Eigentümers des Erstbaugrundstücks gegenüber dem Nachbarn aufgehoben werden kann. Dieser Verzicht bedarf so wenig einer Form, wie eine sonstige Benutzungsvereinbarung. Art. 77 AGzBGB. läßt auch für den gesetzlichen Verbietungs- und Ablösungsanspruch im Falle der Erhöhung und Verstärkung einer Gemeinschaftsmauer nach Art. 68 AG., ebenso wie für die ihm nachgebildeten übergangsrechtlichen Ansprüche nach Art. 69 und 70 AG. einen solchen formlosen Verzicht zu. Nach Abs. 2 des Art. 77 sollen auf diesen Verzicht jedoch, wenn das Grundstück des Berechtigten mit Rechten Dritter belastet ist, die Vorschriften des § 876 BGB. anwendbar sein, d. h. es soll die Zustimmung der Drittberechtigten zu dem Verzicht erforderlich sein, außer wenn deren Rechte durch den Verzicht nicht berührt werden. Der Art. 77 schränkt dieses Erfordernis aber selbst wieder für die Hauptfälle der Belastung, nämlich die mit Reallasten, Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden ganz erheblich dahin ein, daß die Zustimmung dieser Drittberechtigten zum Verzicht auf die Ablösungsrechte nicht erforderlich ist, wenn der Verzicht erklärt wird, bevor das Grundstück zugunsten des Drittberechtigten beschlagnahmt ist. Für die bewilligte Gemeinschaftsmauer des neuen Rechts ist aber, abgesehen von den Fällen des Art. 68 AG., die Anwendbarkeit des § 876 (und 877) BGB. überhaupt zu verneinen. Denn, wie schon hervorgehoben, handelt es sich bei den Grenzeinrichtungen des BGB., also auch bei der bewilligten Gemeinschaftsmauer, eigentumsrechtlich um Verhältnisse wesentlich tatsächlicher Natur, denen das Gesetz allerdings die Wirkung nachbarrechtlicher Eigentumsbeschränkungen beilegt. Entstehung und Aufhebung derartiger Verhältnisse unterliegen daher nicht den Vorschriften über die Begründung und Aufhebung dinglicher Rechte an Grundstücken, daher auch nicht den Vorschriften der §§ 876, 877 BGB. Die gegenteilige Vorschrift des Art. 77 AG. für die dort behandelten Ablösungsfälle beruht auf der Erwägung, daß es sich hierbei um den Verzicht auf Eigentumsbefugnisse handelt, die unmittelbar durch das Gesetz verliehen sind und auf die daher ohne die erleichternden Vorschriften des Art. 77 AG. nur durch Bestellung einer entsprechenden Grunddienstbarkeit zugunsten der Eigentümer des Nachbargrundstücks mit dinglicher Wirkung hätte verzichtet werden können.[31]) Bei der Ablösung der bewilligten Gemeinschaftsmauer stehen jedoch, abgesehen von den Erhöhungsfällen des Art. 68, derartige gesetzliche Eigentumsbefugnisse nicht in Frage.[32]) Der Verzicht auf den Ab-

[30]) S. Staudinger Anm. II a zu § 921; RGRKomm. Anm. 6 zu § 921 (Grenzeinrichtungen sind nicht eintragungsbedürftig) und RGRKomm. Anm. 6 Abs. 3 zu § 892 BGB. (der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf Einrichtungen, insbesondere Gebäude auf dem Grundstück), dazu RGZ. 73, S. 129.

[31]) Siehe Henle-Schneider Anm. 1 zu Art. 77 AG.

[32]) Meisner, Nachbarrecht S. 41 Note 3, 4, S. 56 Note 1, S. 57 Note 1, läßt zwar ebenfalls die Entstehung und Aufhebung einer Grenzeinrichtung durch formlose Uebereinkunft der Nachbarn zu, ist aber gleichwohl der Meinung, daß die Grenzeinrichtung und die sich aus ihr ergebenden Benutzungsrechte nicht ohne Zustimmung der an den beteiligten Grundstücken dinglich Berechtigten, insbesondere der Hypothekgläubiger aufgehoben werden können; doch könne diese Zustimmung formlos, auch durch schlüssige Handlungen erteilt werden. Ebenso Wolff Recht 1900 S. 477 und Staudinger Anm. II 4 Abs. 3 zu § 922 BGB. Dies erscheint nach dem oben Ausgeführten nicht zutreffend. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb die Begründung und Aufhebung einer Grenzeinrichtung gegenüber den Drittberechtigten verschieden behandelt werden sollte. Mit Wolff (a. a. O.) sind dagegen den dinglich Berechtigten nach den Umständen des Falles gegenüber Verfügungen über die Gemeinschaftsmauer die Schutzbehelfe nach §§ 1133, 1134, 1201, 1065 BGB. zuzubilligen. Ebenso ist die Einräumung oder Aufgabe einer Grenzanlage nach allgemeinen Grundsätzen innerhalb und außerhalb des Konkurses anfechtbar (Wolff a. a. O. S. 478 Abs. 2).

lösungsanspruch schließt notwendig auch den auf das Verbietungsrecht ein, dagegen der Verzicht auf das Verbietungsrecht (durch Anbaugestattung) keineswegs ohne weiteres auch den auf den Ablösungsanspruch.[33])

e) Wie dem Verzicht unterliegt der Verbietungs- und der Ablösungsanspruch der gewöhnlichen 30-jährigen Anspruchsverjährung (vgl. hierzu Art. 78 AG.). Diese Verjährung beginnt mit der Entstehung der Ansprüche (§ 198 BGB.). Die Entstehung des Verbietungs- und des selbständigen Ablösungsanspruchs fallen jedoch nicht immer zeitlich zusammen — ersterer entsteht ohne weiteres durch jeden unbefugten Anbau, letzterer nur unter den besonderen oben dargelegten Voraussetzungen — und es kann andrerseits in der Person des derzeitigen Eigentümers des Nachbargrundstücks nur der Verbietungs-, aber nicht der Ablösungsanspruch begründet sein (s. IV c oben). Es kann daher trotz Verjährung des Verbietungsanspruchs ein noch nicht verjährter selbständiger Ablösungsanspruch bestehen, mangels eines solchen schließt aber die Verjährung des Verbietungsanspruchs sowohl das Recht auf Beseitigung des Anbaus, wie das auf Zahlung einer Ablösungssumme aus.

f) Der Ablösungsanspruch des Eigentümers des Erstbaugrundstücks aus der Errichtung (oder des Eigentümers des Erhöhungsgrundstücks aus der Erhöhung der Gemeinschaftsmauer nach Art. 68 AG.) entsteht erst mit der Inanspruchnahme des Anbaurechts durch den Nachbarn. Bis dahin ist zwar in der Person jedes Eigentümers des Erstbau- oder Erhöhungsgrundstücks durch seine Stellung als Teilhaber der Benutzungsgemeinschaft die Grundlage für die Entstehung des Anspruchs in seiner Person gegeben; ob jedoch der Anspruch in seiner Person wirklich entsteht, hängt davon ab, ob der Ablösungsfall während seiner Besitzzeit auch eintritt. Der Ablösungsanspruch ist also insoweit nur ein zukünftiger Anspruch. Aber auch dieser zukünftige Anspruch kann, wie andere Ansprüche solcher Art, Gegenstand von Verfügungen des jeweiligen Grundstückeigentümers durch Abtretung, Verpfändung usw., ebenso auch Gegenstand der Pfändung sein.[33a]) Derartige Verfügungen sind an sich rechtsgültig, ihre Rechtswirksamkeit für den von ihnen betroffenen Anspruch setzt aber voraus, daß dieser auch tatsächlich in der Person des Verfügenden entsteht; diesfalls wirkt aber die Verfügung auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme zurück. Eine Abtretung, Verpfändung oder Pfändung des Ablösungsanspruchs ist daher ohne Wirkung, wenn zur Zeit der Entstehung des Ablösungsanspruchs der Abtretende, Verpfändende oder Pfändungsschuldner nicht mehr Eigentümer des Erstbau- oder Erhöhungsgrundstücks ist und der Nachbar kann ohne Rücksicht auf solche Verfügungen die Ablösungssumme an den Eigentümer dieses Grundstücks im Zeitpunkt des Ablösungsfalles zahlen, sofern nicht dieser über die Ablösungssumme verfügt hat. Letzterenfalls steht dem an den Eigentümer zahlenden Nachbarn nur die Schutzvorschrift des § 407 BGB. zur Seite.[34]) Bei der Verpfändung und Pfändung von Ablösungsansprüchen ist außerdem zu beachten, daß Schuldner des Ablösungsanspruchs ebenfalls nur der Eigentümer des Nachbargrundstücks wird, der von dem Anbaurechte Gebrauch macht. Im Falle eines Eigentumswechsels bei dem Nachbargrundstück vor dem Anbau muß daher auch der Besitznachfolger von der Verpfändung oder Pfändung des Ab-

[33]) Siehe hierzu oben IV c. Zu weitgehend Pfirstinger, Kommunmauer S. 42, der den Verzicht nach Art. 77 AG. schlechthin nur für das Verbietungsrecht gelten lassen will.

[33a]) Selbständig abtretbar im Sinne der obigen Ausführungen ist jedoch an sich nur der selbständige (unmittelbare) Ablösungsanspruch. Der Verbietungsanspruch und der lediglich aus ihm fließende mittelbare Ablösungsanspruch ist mit dem Eigentum des berechtigten Grundstücks untrennbar verbunden und daher selbst weder abtretbar noch verpfändbar (§ 1274 Abs. 2 BGB.). Nur die Ausübung des Verbietungsanspruchs kann übertragen werden und eine solche Uebertragung wird regelmäßig in der Abtretung des (selbständigen) Ablösungsanspruchs mit gelegen sein. Diese Uebertragung des Verbotsanspruchs wirkt aber als bloße Uebertragung der Rechtsausübung nur solange, als dem Uebertragenden selbst das Verbietungsrecht zusteht. Der Abtretungserwerber eines (selbständigen) Ablösungsanspruchs kann daher das mitübertragene Verbietungsrecht nur solange geltend machen, als sein Rechtsvorgänger Eigentümer des Erstbaugrundstücks ist. Das gleiche gilt für die Pfändung des Verbietungsrechts (s. des Näheren Note 43 unten).

[34]) Hinsichtlich der Zulässigkeit der Abtretung künftiger Ansprüche s. insbes. RGZ. 55, 334; 67, 166; 74, 82; 75, 227 und JW. 1910 S. 230, 1913 S. 132, für Ablösungsansprüche der hier fraglichen Art OLG. Nürnberg BayZfR. 1907 S. 334, 1910 S. 412, 1912 S. 445. Die Pfändung künftiger Ansprüche läßt zwar Stein, Komm. z. ZPO. Note 12 zu § 829 schlechthin nicht zu, nach RG. JW. 1904 S. 365 ist sie jedoch dann zulässig, wenn für den Anspruch durch ein Vertragsverhältnis der Beteiligten eine ausreichende rechtliche Grundlage geschaffen ist, selbst wenn die Entstehung des Anspruchs noch in der Zukunft liegt und von der konkreten Gestaltung der auf ihr beruhenden rechtlichen Beziehungen der Beteiligten abhängt. Ebenso RG. JW. 1913 S. 884 und OLG. München BayZfR. 1914 S. 234. Um Ansprüche solcher Art handelt es sich aber sowohl bei der Ablösung der bewilligten neurechtlichen Gemeinschaftsmauer, wie bei dem gesetzlichen Ablösungsanspruch des Art. 68 AG. Meisner, Nachbarrecht S. 60 Note 2—4 nimmt auch vom Standpunkt des von ihm vertretenen Bereicherungsanspruchs an, daß eine Abtretung des Ablösungsanspruchs vor dem Anbau gegenüber dem späteren Erwerber des Erstbaugrundstücks nicht wirkt. Eine Pfändung des Ablösungsanspruchs läßt er erst nach dem Anbau zu. Ebenso Pfirstinger, Kommunmauer S. 33, 37. Für Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des künftigen Ablösungsanspruchs auch Buhmann BayZfR. 1914 S. 223. Ueber die Abtretbarkeit des altrechtlichen Ablösungsanspruchs s. Tinsch, Münchener Stadtrecht S. 37, und hinsichtlich der Abtretung und Pfändung des übergangsrechtlichen Ablösungsanspruchs Schmidt SeuffBl. Bd. 66 S. 363 und OLG. München SeuffBl. Bd. 70 S. 208, Bd. 72 S. 262, welch letztere Entscheidungen die gleichen Grundsätze, wie oben entwickelt, vertreten.

lösungsanspruchs gemäß § 1280 BGB. oder § 829 Abs. 3 ZPO. verständigt werden. Die vorbezeichneten Verfügungen über den Ablösungsanspruch können zugunsten der Gläubiger des Verfügenden nach allgemeinen Grundsätzen wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten werden.[35])

Für das Zwangsversteigerungsverfahren folgt aus der bloß bedingten Wirkung der Abtretung usw. zunächst, daß im Fall der Zwangsversteigerung des Erstbaugrundstücks vor Eintritt des Ablösungsfalls der Ablösungsanspruch ungeachtet der Abtretung auf den Ersteher übergeht.[36]) Ist dagegen in der Person des Beschlagnahmeschuldners der (persönliche) Ablösungsanspruch bereits entstanden, so wird dieser Anspruch durch die Beschlagnahme des Erstbaugrundstücks zum Zweck der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nicht mehr berührt.[37]) Wohl aber kann der Schuldner nach erfolgter Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsversteigerung über die Grenzeinrichtung nurmehr im Rahmen der §§ 23 und 24 ZVG. verfügen. Hiernach ist er nicht mehr zu Veräußerungen und zur Verwaltung und Benutzung nurmehr innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft befugt. Damit ist ausgeschlossen, daß er sich durch Verzicht auf das Verbietungsrecht oder sonstige Ablösungsvereinbarungen hinsichtlich der Gemeinschaftsmauer noch in den Besitz der Ablösungssumme setzen kann, da hierin eine Veräußerungsverfügung im Sinne des § 23 ZVG. hinsichtlich des beschlagnahmten Grundstücks, jedenfalls eine die Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft überschreitende Maßnahme zu erblicken wäre.[38])

Im Falle der Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsverwaltung verliert der Schuldner ohnehin gemäß § 148 Abs. 2 ZVG. das Verwaltungs- und Benutzungsrecht und damit die Befugnis zu Verfügungen irgendwelcher Art hinsichtlich der Grenzeinrichtung. Soweit jedoch nach erfolgter Beschlagnahme die Ablösungssumme, ohne sein Zutun, dadurch anfällt, daß der Nachbar das Anbaurecht gegen Zahlung der Ablösungssumme in Anspruch nimmt, fällt die Ablösungssumme, weil die Beschlagnahme sich auf diese nicht erstreckt, dem Schuldner zu und es bleiben diesfalls auch frühere Verfügungen des Schuldners über sie wirksam.[39]) Dies gilt ebenso für den Ablösungsanspruch aus der Bewilligung der Gemeinschaftsmauer, wie für den gesetzlichen Ablösungsanspruch nach Art. 68 AG. im Fall der Mauererhöhung.[40])

g) Was endlich die Geltendmachung des Verbots- und Ablösungsanspruchs bei der neurechtlichen Gemeinschaftsmauer anbelangt, so kann, wie schon erwähnt, der Eigentümer des Erstbaugrundstücks gegen die in dem unbefugten Anbau liegende Beeinträchtigung seiner Eigentümerrechte mit der Beseitigungs- und Unterlassungsklage nach § 1004 BGB. vorgehen.[41]) Er kann aber auch aus dem zwischem ihm und dem Nachbarn bestehenden Benutzungsgemeinschaftsverhältnisse gegen Verletzungen

---

[35]) Ebenso Pfirstinger, Kommunmauer S. 37.

[36]) Im gleichen Sinne Pfirstinger, Kommunmauer S. 42; Wolff Recht 1900 S. 477 Ziff. 9 Abs. 5.

[37]) Der Ablösungsanspruch gehört nicht zu den Gegenständen, auf die sich nach §§ 1120—1130 BGB. die Hypothekhaftung und danach gemäß §§ 20—21 ZVG. auch die Beschlagnahmewirkung erstreckt. Auch Entschädigungsansprüche anderer Art als die Versicherungsforderungen nach §§ 1127—1129 BGB. bilden — von ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahmen z. B. hinsichtlich der Enteignungsentschädigung abgesehen — keine Vermögenswerte, die von der Hypothek und Beschlagnahme umfaßt werden; dies gilt daher auch von dem hier fraglichen Ablösungsanspruch (s. Güthe Anm. 10 c Abs. 5 zu § 22 ZVG.). Der Ablösungsanspruch gehört auch nicht im Falle der Zwangsverwaltung zu den von dieser umfaßten Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen aus einem mit dem Eigentum verbundenen Rechte (s. OLG. Dresden OLG. Bd. 9 S. 139; Güthe Anm. 5 zu § 148 ZVG.).

Bei Versteigerung des Erstbaugrundstücks verbleibt, wie bei einer sonstigen Veräußerung, der (selbständige) Ablösungsanspruch dem Schuldner; das Verbietungsrecht geht dagegen auf den Ansteigerer über. Steht daher dem bisherigen Eigentümer ein selbständiger Ablösungsanspruch nicht zu, so kann er die Zahlung der Ablösungssumme nach dem Eigentumsübergang nicht mehr verlangen. Auch ein Bereicherungsanspruch hierwegen gegen den Ansteigerer ist schon angesichts des rechtmäßigen Erwerbs dieses letzteren ausgeschlossen.

[38]) Siehe hierzu Güthe Anm. 1 zu § 24 ZVG., Anm. 3 zu § 23 ZVG.

[39]) Siehe Güthe Anm. 3 zu § 23 ZVG. (nach der Beschlagnahme hinzukommende Forderungen unterliegen dem Veräußerungsverbote nur, sofern sie von der Beschlagnahme ergriffen werden); vgl. auch Güthe Anm. 10 Abs. 3 zu §§ 20—21 ZVG. bez. der Versicherungsforderungen.

[40]) Für die nach Art. 68—70 AG. begründeten Verbietungsansprüche läßt Art. 77 den Verzicht des Berechtigten ohne Zustimmung etwaiger Reallast- oder Hypothek- usw. -berechtigten zu, wenn er vor der Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten dieser Drittberechtigten erfolgte. Auch Art. 77 AG. erachtet demgemäß nach der Beschlagnahme eine Verfügung über die genannten Ansprüche durch den Beschlagnahmeschuldner nicht mehr für zulässig. Er geht dabei allerdings nach den Materialien (s. Pfirstinger, Kommunmauer S. 41, 62 und Henle-Schneider Anm. 8 zu Art. 77) hier von einer Gleichstellung der Verbietungsrechte mit den nach §§ 1121, 1129 BGB. von der Hypothek umfaßten Gegenständen aus; man hat hiernach hier diese Verbietungsrechte — die anderweit zutreffend nur als Erweiterungen des Eigentumsinhalts bezeichnet werden (Becher, Mat. Bd. I S. 468) — als eine Art selbständiger, mit dem Grundstück als Bestandteile nach § 96 BGB. verbundener subjektiv-dinglicher Rechte betrachtet und solche Rechte unterliegen allerdings unmittelbar dem Veräußerungsverbot des § 23 ZVG. (Güthe Anm. 5 zu § 20—21 ZVG.). In der Tat handelt es sich aber nicht bei diesen Verbietungsrechten, noch weniger bei dem daraus im Anbaufall entstehenden (persönlichen) Ablösungsanspruch um selbständige Bestandteilsrechte. Der durch den Anbau dem Eigentümer erwachsende *persönliche* Ablösungsanspruch wird daher auch in den Fällen des Art. 68—70 AG. durch die Beschlagnahme nicht berührt (vgl. OLG. München SeuffBl. Bd. 72 S. 262).

[41]) Ein Besitzschutzanspruch des Eigentümers des Erstbaugrundstücks ist durch § 866 BGB. ausgeschlossen (s. Staudinger Anm. 2 zu § 866 BGB.).

der durch dieses begründeten Verbindlichkeiten der Nachbarn klagen. Da der Eigentümer des Nachbargrundstücks durch Zahlung der Ablösungssumme in jedem Falle den Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch ausschalten kann, wird die Beseitigungs- und Unterlassungsklage zweckmäßig dahin gerichtet, daß der Beklagte zur Beseitigung oder Unterlassung oder Zahlung der Ablösungssumme verurteilt werden solle.[42]) Diese Form der Klage ist insbesondere dann empfehlenswert, wenn von vornherein nur Streit über die Höhe der Ablösungssumme besteht. Der Beklagte kann diesfalls durch Hinterlegung des von ihm berechneten Ablösungsbetrags nach §§ 372 ff. BGB. der Verbotsklage begegnen. Auf Zahlung der Ablösungssumme schlechthin kann nur dann geklagt werden, wenn eine unmittelbare Zahlungspflicht des Beklagten gegenüber dem Kläger gegeben ist. Dies ist ohne weiteres der Fall, wenn zwischen den beteiligten Grundeigentümern über Höhe und Zahlbarkeit der Ablösungssumme eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wurde, aber auch ohne eine solche Vereinbarung, wenn der Nachbar unter den oben dargelegten, seine unmittelbare Zahlungspflicht begründenden Umständen den Anbau unternimmt. Die Klage auf Zahlung der Ablösungssumme stellt sich als Klage aus dem Gemeinschaftsverhältnisse der beiden Grundstückseigentümer dar und zwar regelmäßig als eine auf eine vereinbarungsmäßige Leistung aus diesem Verhältnis gerichtete (§§ 745, 748 BGB.), in den Fällen des Art. 68 AG. jedoch als Klage aus einem gesetzlichen Gemeinschaftsanspruch.

Unter den Voraussetzungen der §§ 935, 916 ZPO. kann das Verbotsrecht des Eigentümers des Erstbaugrundstücks durch einstweilige Verfügung (Bauverbot), sein Ablösungsanspruch durch Arrest gesichert werden.[43]) Besteht Streit über Ablösungspflicht oder Höhe der Ablösungssumme, so kann gemäß § 940 ZPO. einstweilige Verfügung auf Gestattung des Weiterbaues gegen Hinterlegung der Ablösungssumme u. dgl. erlassen werden. Haben sich jedoch die beteiligten Grundeigentümer über die Ablösung der Gemeinschaftsmauer geeinigt, ohne daß dabei die Bauerlaubnis von der Zahlung der Ablösungssumme abhängig gemacht wurde, so kann bei Nichterfüllung der übernommenen Zahlungspflicht nurmehr ein Arrest für den Ablösungsanspruch, aber nicht mehr ein Anbauverbot erlassen werden, da durch die Einigung der Parteien der Verbotsanspruch des Eigentümers des Erstbaugrundstücks erledigt ist.

Die vorstehenden Ausführungen haben versucht, für die altübliche Münchener Gemeinschaftsmauer auch auf dem Boden des neuen Rechts eine den Anschauungen des hiesigen Baulebens und den

---

[42]) Ein demgemäß ergehendes Urteil hat jedoch nur die Tragweite, daß der Beklagte durch Zahlung der festgestellten Ablösungssumme die Vollstreckung des Beseitigungsanspruchs abwenden kann; denn es handelt sich bei dem hier zunächst unterstellten mittelbaren Ablösungsanspruch gegenüber dem Verbietungsanspruch nur um eine sog. wahlweise Leistungsbefugnis des Schuldners, d. h. die Befugnis des Schuldners sich von der unmittelbar geschuldeten Leistung durch eine andere Leistung zu befreien. Eine Wahlschuld im Sinne der §§ 262—264 BGB. liegt diesfalls nicht vor (s. hierüber Henle-Fischer Anm. 1 zu § 262 BGB.; RGRKomm. Anm. 1 zu § 262 BGB.). Treffen Verbietungs- und unmittelbarer Ablösungsanspruch zusammen, so handelt es sich ebenfalls um keine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB., sondern um zwei nebeneinander dem Gläubiger zustehende Ansprüche. Doch steht auch diesfalls nichts im Wege, daß der Gläubiger auf alternative Verurteilung klagt und für die Vollstreckung ist dann § 264 BGB. entsprechend anwendbar (so OLG. Braunschweig OLG. Bd. 8 S. 447).

[43]) Ueber die Rechtsbehelfe des Arrests und der einstweiligen Verfügung s. insbesondere Nützel BayZfR. 1914 S. 184. Nützel vertritt die Ansicht, daß auch dem Erwerber des Ablösungsanspruchs durch Abtretung oder Pfändung das Verbietungsrecht und demgemäß das Recht auf dessen Sicherung durch einstweilige Verfügung zustehe. Der von ihm (Note 2) angeführte Beschluß des OLG. München vom 5. Mai 1913 spricht auch aus, im Zweifel müsse als Absicht der Parteien angenommen werden, daß mit der Abtretung des Ablösungsanspruchs auch der Verbietungsanspruch des Hauseigentümers mit übertragen werden solle. Man wird jedoch richtig den Verbietungsanspruch als eine mit dem Eigentum des Erstbaugrundstücks untrennbar verbundene und daher selbständig nicht übertragbare Befugnis betrachten müssen; s. des näheren hinsichtlich der Untrennbarkeit der Benutzungsrechte aus der Grenzeinrichtung von dem Eigentum der Nachbargrundstücke Turnau-Förster, LiegenschR. Anm. 4 zu §§ 921—922 BGB.; RGRKomm. Anm. 5 zu § 921; Staudinger Anm. II 3 zu § 922 BGB. Das gleiche muß aber von den aus dem Benutzungsrechte erwachsenden Unterlassungsansprüchen gelten (s. Staudinger Anm. 2 d zu § 398 BGB. und Anm. 2 d zu § 399 BGB.; Oertmann, Recht der Schuldverh. Anm. 1 a γ und Anm. 1 g β zu § 399 BGB.; RG. SeuffA. Bd. 56 Nr. 227; RGZ. 37, 176; RG. Gruchot Bd. 54 S. 943. Derartige Befugnisse sind auch nicht selbständig pfändbar (s. Stein Anm. I 1, I 5, II 8 zu § 857 ZPO.). Immerhin kann in der Abtretung des Ablösungsanspruchs zugleich die Ermächtigung des Erwerbers durch den abtretenden Eigentümer gefunden werden, dessen Verbietungsrecht gegebenenfalls zur Durchsetzung des Ablösungsanspruchs selbständig geltend zu machen. Damit ist nach den in RGZ. 53, 410 und 64, 168, sowie Gruchot Bd. 54 S. 943 entwickelten Grundsätzen auch das Recht des Erwerbers gegeben, das Verbietungsrecht selbständig im Prozeß zu verfolgen. Ebenso wird im Hinblick auf § 857 Abs. 3 ZPO. eine Pfändung des Verbietungsrechts durch den Erwerber des Ablösungsanspruchs insoweit zuzulassen sein, als die Ausübung des Verbietungsrechtes zur Durchsetzung des Ablösungsanspruchs in Frage kommt (s. hierzu Stein Anm II Ziff. 8 Note 119 und Anm. I Ziff. 5 Note 34 zu § 857 ZPO. betr. den Anspruch auf Grundbuchberichtigung und RG. Gruchot Bd. 54 S. 943). Da es sich hierbei nur um die der Durchsetzung des Ablösungsanspruchs dienenden Verbietungsbefugnisse handelt, kommt bei der Zulassung der Pfändung in diesem Umfang auch keine unzulässige Aenderung des Inhaltes des Verbietungsrechtes in Frage (§ 851 ZPO. mit § 399 BGB.); vgl. dazu bezüglich der Pfändung des Anspruchs auf Schuldbefreiung Stein Note 22 zu § 851 ZPO. und RG. Gruchot Bd. 56 S. 923 (JW. 12 S. 857), RGZ. 80, 183; OLG. Bd. 22 S. 387.

Anforderungen der Billigkeit genügende feste Rechtsgrundlage zu gewinnen. Sie sind dabei von dem Standpunkt der unbedingten Scheidung des Eigentums der Nachbargrundstücke nach dem Grenzlauf ausgegangen. Denn es ist nicht zu erwarten und im Interesse klarer Eigentumsverhältnisse nicht einmal zu wünschen, daß das Reichsgericht von seinem dahingehenden bis jetzt mit Entschiedenheit festgehaltenen Standpunkt sich durch die untergerichtliche Rechtsprechung abdrängen lassen wird. In der Grenzanlage des BGB. haben dagegen unsere Ausführungen diejenige Rechtseinrichtung zu finden geglaubt, die es ermöglicht, für alle Arten der Gemeinschaftsmauern, die des alten, des Uebergangsrechts und des neuen Rechts, eine einheitliche und für den ganzen Entwicklungsgang dieser Mauern maßgebende Rechtsgrundlage zu schaffen, und dabei unter eingehender Berücksichtigung des Willens der Beteiligten die Verhältnisse aller dieser Mauern im wesentlichen gleichheitlich zu ordnen. Sie haben endlich, indem sie auch die neurechtliche Gemeinschaftsmauer auf den Boden eines nachbarrechtlichen Verhältnisses gestellt haben, der von Brauch und Billigkeitsgefühl in München immer festgehaltenen Forderung zu genügen gesucht, daß auch der spätere Erwerber des Nachbaranwesens für die Ablösung der Gemeinschaftsmauer aufzukommen hat. Es wäre erfreulich, wenn sie so dazu beizutragen vermöchten, den bedauerlichen Wirrwarr der Meinungen und Rechtsfolgerungen auf diesem Gebiete zu klären, der bereits zu berechtigten Klagen in der Tagespresse geführt hat, ohne daß auch hier wieder durch ein Eingreifen des Gesetzgebers die Ohnmacht der Rechtslehre und Rechtsprechung bezeugt werden müßte.

Rechtskräftige Urteile und Rechtswidrigkeiten der Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Von Rechtsanwalt **Dr. Eugen Josef** in Freiburg i. Br.

In DJZ. 1913, 972 behandelt Ermel folgenden bisher nicht erörterten Fall: Ich habe den Erbanteil meines Schuldners gepfändet und da dessen Miterbe mir jede Anteilnahme am Nachlaß verweigert, wird er auf meine Klage rechtskräftig verurteilt, sich mit mir auseinanderzusetzen. Nunmehr beantrage ich beim Nachlaßgericht gemäß § 86 FGG. die Auseinandersetzung; hier lehnt jedoch der Miterbe wiederum die Teilung mit mir ab. Nun bestimmt der § 95 Satz 1 FGG.:

> Ergeben sich bei den Verhandlungen Streitpunkte, so ist ein Protokoll darüber aufzunehmen und das Verfahren bis zur Erledigung der Streitpunkte auszusetzen.

Danach scheint es, als müsse in unserm Fall das Nachlaßgericht das Verfahren bis zur Erledigung der Streitpunkte aussetzen. Ermel lehnt, wenn auch zweifelnd, diese Folgerung ab: es sei ein übertriebener Formalismus zu verlangen, daß der Sieger im Prozeß auf den mutwilligen aussichtslosen Widerspruch des Gegners hin gehalten sein soll, noch einmal den Prozeß zu führen, der zu keinem andern Ergebnis führen könne als der Vorprozeß. Es liege hier ein Streitpunkt ebensowenig vor, wie in dem Fall, wo der während des Verfahrens erhobene Widerspruch rechtskräftig zurückgewiesen ist. Die Rechtskraft des Urteils mache nicht Halt vor den Toren des Auseinandersetzungsverfahrens, sondern äußere auch für dieses ihre Wirkung.

Der von Ermel besprochene Fall wird nun in dieser Gestalt, daß also der Unterlegene sein Verhalten mit dem rechtskräftigen Urteil *ohne jede Begründung* in Widerspruch setzt, kaum vorkommen; das Gewöhnliche ist, daß der Unterlegene vor dem Nachlaßgericht die Richtigkeit des ergangenen Urteils bemängelt, so insbesondere darauf hinweist, daß das Urteil ein Versäumnisurteil sei, das ohne seine Schuld rechtskräftig geworden sei. Die von Ermel aufgeworfene Frage läßt sich danach für den von ihm besprochenen Einzelfall nicht entscheiden, erfordert vielmehr einen allgemeineren Ausgangspunkt; denn sie tritt in anderen Verfahrensarten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gleichfalls hervor. In der Praxis ist folgender Fall vorgekommen: A beantragte mit der Behauptung, er sei als stiller Gesellschafter am Handelsgewerbe des X beteiligt, das Amtsgericht möge gemäß § 338 Abs. 3 HGB. mit § 145 FGG. anordnen, daß ihm X sofort die Geschäftsbücher vorlege. Der vom Gericht hierüber gehörte X (§ 146 Abs. 1 FGG.) lehnte dies ab unter Ueberreichung eines rechtskräftigen Urteils, durch das der Antragsteller A auf die Klage des X verurteilt war, anzuerkennen, daß eine stille Gesellschaft zwischen ihnen gar nicht bestehe. A wies dagegen darauf hin, daß dies Urteil ein Versäumnisurteil sei, das durch Verschulden seines Anwalts rechtskräftig geworden sei. Er machte dies sowie weiter glaubhaft, daß tatsächlich die stille Gesellschaft bestehe, das Urteil des Prozeßgerichts also unrichtig sei. Muß das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf diese Bemängelung des Urteils eingehen? oder wie ist es zu begründen, daß das Gericht sie unbeachtet lassen kann und muß? Ein anderer hierher gehöriger Fall: Zwischen X und mir besteht eine offene Handelsgesellschaft, die wir durch Vereinbarung aufgelöst haben. Darauf beantragt X, das Amtsgericht möge gemäß § 146 Abs. 2 HGB. mit § 145 FGG. einen Liquidator bestellen; das Amtsgericht hört mich hierüber und ich überreiche ein rechtskräftiges Urteil, wonach ich laut Gesellschaftsvertrag oder wegen Verfehlungen des X zur Uebernahme des Geschäfts im ganzen (§§ 142, 140 HGB.) berechtigt bin, eine Liqui-

dation also gar nicht stattfinden kann.[1]) X bemängelt die Richtigkeit dieses Urteils, weil es tatsächliche wie rechtliche Irrtümer enthalte und nur durch Verschulden seines Anwalts rechtskräftig geworden sei. Oder um noch einen dem eingangs erwähnten ähnlichen Fall anzuführen: Gesetzliche Erben des A sind geworden ich und mein Bruder; dieser verweigert mir jede Anteilnahme am Nachlaß unter Berufung auf ein Testament, in dem A ihn zum Alleinerben eingesetzt habe. Nun wird mein Bruder auf meine Klage rechtskräftig verurteilt, die Nichtigkeit des Testaments und mein gesetzliches Miterbrecht anzuerkennen; darauf beantrage ich beim Nachlaßgericht die Auseinandersetzung und in diesem Verfahren bestreitet mein Bruder wiederum mein Miterbenrecht. Auch in diesen beiden Fällen erhebt sich die oben gestellte Frage.

Die Frage nach der Einwirkung des Prozeßurteils auf die Entscheidungen des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist vielfach erörtert[2]) und soll hier nicht in ihrer ganzen Bedeutung, sondern nur für Fälle der oben besprochenen Art erörtert werden. Behufs Abgrenzung dieser von den anderen in dieser Frage in Betracht kommenden Fällen seien hier folgende Fälle — rein gegensätzlich — erwähnt:

A beantragt als Testamentserbe für sich den Erbschein; der hiervon unterrichtete B widerspricht dem vor dem Nachlaßgericht mit der Behauptung, der Erblasser sei geisteskrank gewesen; die vom Nachlaßgericht angeordnete Beweisaufnahme (vgl. OLG. Jena in RJA. 1, 177) ergibt aber die völlige Zurechnungsfähigkeit des Erblassers, und das Nachlaßgericht erteilt daher dem A den Erbschein. B beruhigt sich hierbei nicht, sondern klagt gemäß § 2362 gegen A mit dem Antrag auf Verurteilung des A, das Alleinerbrecht des B anzuerkennen, den Nachlaß herauszugeben und über dessen Verbleib Rechnung zu legen, auch den Erbschein an das Nachlaßgericht abzuliefern; der Beklagte A widerspricht dem, und die vom Prozeßgericht angeordnete Beweisaufnahme ergibt wiederum die völlige Zurechnungsfähigkeit des Erblassers, also daß der erteilte Erbschein richtig ist. Nun wird aber der Beklagte A im Lauf des Rechtsstreits flüchtig; sein Anwalt tritt nicht mehr für ihn auf und es ergeht gegen ihn ein rechtskräftiges Versäumnisurteil nach dem oben wiedergegebenen Antrage des Klägers B; diesem gelingt es auch, aus der zurückgelassenen Habe des A den Erbschein wegzunehmen und ihn dem Nachlaßgericht abzuliefern. Jetzt beantragt der Sieger B, das Nachlaßgericht solle den Erbschein vernichten und dem B einen neuen erteilen. Diesen Antrag muß das Nachlaßgericht unter allen Umständen ablehnen: denn für seine Entschließung sind maßgebend die §§ 2359, 2361, und danach kann es dem Sieger B den Erbschein nur erteilen, wenn es dessen Erbrecht für festgestellt erachtet und den früher erteilten Erbschein nur einziehen, wenn sich dessen Unrichtigkeit ergibt. Hier aber ersieht das Nachlaßgericht aus dem Versäumnisurteil nicht nur nicht die Unrichtigkeit des erteilten Erbscheins, sondern es ersieht umgekehrt aus den Prozeßakten dessen Richtigkeit, d. h., daß der Erblasser zurechnungsfähig, das Testament also gültig ist und dem Sieger B danach kein Erbrecht zusteht. Unmöglich kann das Nachlaßgericht verpflichtet sein, ein unrichtiges Zeugnis in die Welt zu setzen, nur weil — entsprechend dem Verhandlungsgrundsatze des Prozeßrechts — ein der wahren Sachlage widersprechendes Urteil vorliegt!

Ein ähnlich liegender Fall ist folgender: A ist am 1. Mai abends um 11½ Uhr gestorben mit Hinterlassung eines Testaments, durch das er den X zum Erben beruft; nun ist der Erbe X gleichfalls am 1. Mai gestorben, und zwar laut standesamtlicher Anzeige seines Sohnes um 11¾ Uhr, so daß er also den Erbfall erlebt und danach die Erbschaft auf seinen Sohn, als seinen gesetzlichen Erben, übertragen hat (§ 1923 Abs. 1). Ein Vetter des A, der sein gesetzlicher Erbe sein würde, behauptet nun, daß der eingesetzte Erbe X bereits vor 11½ Uhr gestorben sei und daß X sonach den Erbfall nicht mehr erlebt hat und die Erbschaft daher ihm — dem gesetzlichen Erben — zugefallen sei; er kann indes den Erbschein nicht erlangen, da er hierzu den Zeitpunkt des Todes durch eine öffentliche Urkunde, also durch die Sterbeurkunde nachweisen muß; diese steht aber seinem Erbrecht entgegen. Der Vetter erhebt daher Klage gegen X, in der er auf Grund des Sachverhalts — also weil im Standesregister die Todeszeit unrichtig angegeben sei — die Verurteilung des X beantragt, das alleinige Erbrecht des Vetters anzuerkennen und ihm den Nachlaß herauszugeben. Es ergeht gegen X ein rechtskräftiges Versäumnisurteil, in dem festgestellt wird, daß die Angabe der Klageschrift über die Todesstunde als zugestanden angesehen werde. Dieses Urteil legt der Vetter dem Amtsgericht vor, damit dieses im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß § 66 PerſStG. die Berichtigung der Todesstunde im Standesregister anordne. Ist das Amtsgericht nun an diese rechtskräftige Feststellung gebunden, so daß es also die Berichtigung anordnen muß? Keineswegs. Das Amtsgericht, das im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die Berichtigung des Standesregisters zu entscheiden hat (§ 66 PerſStG.), hat nach § 12 FGG. den wahren Sachverhalt selbständig festzustellen und ist an ein Urteil des Prozeßgerichts nicht schlechthin gebunden. Denn die Wirkung der Rechtskraft bestimmt sich nur nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, und dieser Grundsatz gilt nicht bloß für die Parteien, sondern auch für die Behörden jeder Art.

---

[1]) Staub, Anm. 9 zu § 145 HGB.

[2]) Kuttner in der Festgabe für Gierke und für Martitz, sowie in Iherings Jahrb. 59, 393; Unger in ZZP. 41, 194; Josef in KGBl. 11, 120 und in Iherings Jahrb. 61, 197 sowie in ZZP. 43, 365.

Oder endlich: Ein Aktionär hat in der Generalversammlung gegen den Versammlungsbeschluß, weil er auf Verletzung des Gesetzes beruhe, Widerspruch erhoben und diesen durch Klage verfolgt (§ 271 HGB.); die Klage ist aber abgewiesen worden, weil das Prozeßgericht die behauptete Gesetzesverletzung nicht als vorliegend ansah. Nunmehr beantragt der Vorstand die Eintragung des Beschlusses; ist jene Ansicht des Prozeßgerichts für das Registergericht bindend? Keineswegs. Die Denkschrift zu § 16 HGB. führt hierüber aus: „Nicht angängig ist es, einer Entscheidung des Prozeßgerichts, die einen Widerspruch für unbegründet erklärt, bindende Wirkung gegenüber dem Registergericht zu verleihen; sonst würden es die Parteien, da ihre Behauptungen und Erklärungen für den Ausgang des Zivilprozesses maßgebend sind, in der Hand haben, unzulässige Eintragungen durch ihr beiderseitiges Einverständnis herbeizuführen. Es kann in dieser Beziehung bei dem tatsächlichen Einfluß bewenden, den eine Prozeßentscheidung für den Registerrichter hat."

Ganz anders als die eben gedachten Fälle der Erteilung des Erbscheins, der Anordnung der Standesregisterberichtigung sowie der Eintragung von Versammlungsbeschlüssen liegen aber die eingangs besprochenen Fälle. Während das Gericht bei Erteilung des Erbscheins, bei Eintragungen in öffentliche Register ein Zeugnis zum öffentlichen Glauben auszustellen oder beweiskräftig den Registerinhalt herzustellen, danach Tatsachen zu ermitteln und ihre Rechtswirksamkeit zu untersuchen hat, hat es, wenn es um die Auseinandersetzung der Miterben, um Bestellung von Liquidatoren, um Anordnung der Geschäftsbüchervorlegung angegangen wird, nur die Rechtslage der Beteiligten zu regeln. Bei der hiernach erforderlichen Ermittelung der gegenwärtigen Rechtslage kommt aber in Betracht, daß das Urteil nach § 322 ZPO. unter den Parteien Rechtskraft schafft, daß folglich sich jedes dem Urteil widersprechende Verhalten des Unterlegenen als eine von ihm gegen den anderen verübte Rechtswidrigkeit darstellt, der die Rechtsordnung unter allen Umständen die Anerkennung versagen muß. Folglich muß das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn es um die Auseinandersetzung oder um die Entscheidung der in § 145 FGG. bezeichneten Streitigkeiten angegangen wird, seine Entscheidung dem rechtskräftig festgestellten Rechtszustand anpassen und einem diesem widersprechenden Verhalten der Beteiligten die Berücksichtigung versagen.

Etwas anders liegt folgender Fall: Der Käufer hat gegen den Verkäufer ein Urteil erstritten, wonach er zur Fortführung der Firma berechtigt ist; dennoch beantragt der Verkäufer gegen ihn das Ordnungsstrafverfahren wegen Firmenmißbrauchs. Dies Verfahren ist (im Gegensatz zu den eben besprochenen Fällen des § 145 FGG.) kein Antragsverfahren, sondern ein Amtsverfahren, bei dem der angeblich in seinem Firmenrecht Verletzte nur Anregung [3]) zur Ermittelung des Sachverhalts bietet. Aber wie das Verfahren abzulehnen ist, wenn der angeblich Verletzte in die Fortführung der Firma gewilligt hat, so ist es auch abzulehnen, wenn diese seine Einwilligung durch Urteil ersetzt ist. Dient sonach das Urteil zum Ersatz der Einwilligung, so ist es wie eine wirklich vorhandene Einwilligung zu behandeln, folglich für das Registergericht bindend. — Das gleiche gilt von allen rechtsgestaltenden Urteilen: das Urteil, durch das einem Gesellschafter die Geschäftsführung entzogen oder die Gesellschaft aufgelöst wird (§§ 117, 133 HGB.), dient dem Ergebnis nach nur als Ersatz der Willenserklärung, durch die der Unterlegene den Zustand freiwillig hätte herbeiführen sollen, der jetzt durch Urteil geschaffen wird. Dies Urteil ist also im Verhältnis der Parteien bindend ganz wie ein Vertrag, folglich auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem die Rechtslage der Beteiligten geregelt werden soll; d. h. also: in diesem Verfahren ist die Entscheidung dem urteilsmäßigen Rechtszustand anzupassen; ein diesem widersprechendes Verhalten ist als eine Rechtswidrigkeit gegen den Gegenbeteiligten unberücksichtigt zu lassen.[4])

Aus Erwägungen dieser Art ist auch die eingangs erwähnte, von Ermel aufgeworfene Frage zu entscheiden: Wenn der zur Auseinandersetzung verurteilte Erbe im Auseinandersetzungsverfahren wiederum die Auseinandersetzung verweigert, so hat das Nachlaßgericht diese Weigerung unberücksichtigt zu lassen und den Teilungsplan (§ 93 FGG.) aufzustellen, also z. B. dahin, daß der für die Erben hinterlegte Betrag zu gleichen Teilen dem Antragsteller und seinem Gegner zuzuweisen ist. Verweigert dieser die Unterschrift des Protokolls, so klagt der Antragsteller gegen ihn nur auf Vollziehung des Protokolls, also auf Einwilligung in die den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Teilung des vorhandenen Nachlasses. Aber die Verpflichtung zur Auseinandersetzung selbst, das Miterbenrecht des Antragstellers u. dgl. muß das Nachlaßgericht als unstreitig behandeln. Vgl. Josef in GruchotsBeitr. 49, 32 ff.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach:

Wo das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur dahin zielt, die Rechtslage der Beteiligten auf der Grundlage ihrer Erklärungen zu regeln (so bei der Auseinandersetzung und bei Streitigkeiten der in § 145 FGG. bezeichneten Art), muß das Gericht zunächst die gegenwärtige Rechtslage ermitteln. Ist diese durch Urteil geregelt, so stellt sich jedes dem Urteil widersprechende Verhalten des Unterlegenen nach § 322 ZPO. als eine von ihm gegen den anderen verübte Rechtswidrigkeit dar, der die Rechtsordnung, sonach auch das

[3]) Vgl. Josef, FGG., 2. Aufl. Anm. 1 zu § 132.
[4]) Vgl. Josef in HoldhMSchr. 22, 187—189.



Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Anerkennung zu versagen hat. Das gleiche gilt, wenn durch das Urteil eine Willenserklärung, insbesondere eine Einwilligung (z. B. zu einem bestimmten Verhalten des Unterlegenen oder zur Fortführung der Firma) ersetzt ist, da das Urteil hier die Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung hat.

Kleine Mitteilungen.

Zu § 264a StGB. Fallen unter § 264a StGB. nur körperliche (bewegliche) Sachen oder auch sonstige Vermögensvorteile, z. B. Nachtquartier, Bahnfahrt u. dgl.? Soweit ich die Rechtsprechung überblicken kann, ist diese Frage bisher oberrichterlich nicht entschieden. Für die engere Auslegung, (daß nur körperliche Sachen als Gegenstand des § 264a StGB. in Betracht kommen), haben sich ausgesprochen: Frank, Komm. z. StGB. und im Nachtrag zum Strafgesetzbuche § 264a Anm. II S. 13, (anders in der kürzlich erschienenen 11.—14. Auflage — Anm. des Herausgebers) und anscheinend auch Olshausen S. 1121 oben.

Nun spricht allerdings anscheinend der Wortlaut des § 264a für diese engere Auslegung. M. E. muß man aber als Gegenstand des § 264a sämtliche Vermögensvorteile aller Art gelten lassen, wenn man den Zweck und die Entstehungsgeschichte des § 264a berücksichtigt. Dieser Auslegung steht auch keineswegs die Ausdrucksweise des § 264a entgegen.

I. Zweck und Entstehungsgeschichte des § 264a: Die Schaffung des § 248a, wie auch des § 264a ist dem Bestreben entsprungen, bei geringfügigen und aus Not begangenen Vermögensdelikten, besonders dann, wenn Rückfall in Frage kommt, eine viel mildere Beurteilung und geringere Bestrafung eintreten zu lassen, als dies vor der Strafgesetznovelle möglich war (vgl. Verh. des Reichstages XII. Legislaturperiode I. Session Band 253, Anlagen zu den stenographischen Berichten Nr. 1120—1285 S. 7679, woselbst die Begründung für den Notdiebstahl und die Notunterschlagung abgedruckt ist). Dabei muß der wahre Wille des Gesetzgebers erforscht werden. Daß nun dieser Wille dahin gegangen ist, auch andere Vermögensvorteile außer den körperlichen beweglichen Sachen zu bevorzugen, ergibt schon die einfache Logik. Denn es wäre doch unverständlich, warum ein Notbetrug hinsichtlich eines Geldbetrages von 1—2 *M* bevorzugt werden wollte, während ein Notbetrug eines armen Handwerksburschen hinsichtlich eines Nachtquartiers im Werte von 20 oder 30 Pfg. von diesem Vorzug ausgeschlossen sein sollte.

Aber auch aus der Entstehungsgeschichte des § 264a ergibt sich der wahre Wille des Gesetzgebers. Dieser Paragraph war nämlich in der Regierungsvorlage überhaupt nicht vorgesehen (vgl. Verhandlgn. des Reichstags XII. Leg.-Per. I. Session Bd. 253, Anlagen zu den stenographischen Berichten Nr. 1120 bis 1285 S. 7672 ff.). Der Notbetrugsparagraph wurde vielmehr erst von der Unterkommission der Reichstagskommission geschaffen, und zwar wurde der § 264a einfach dem § 248a nachgebildet. Gerade diese „Nachbildung“ ist wesentlich für die Auslegung des § 264a. In dem Berichte der 7. Kommission (vgl. Verh. des Reichstags XII. Leg.-Per. II. Session, Anlagen zu den stenographischen Berichten Nr. 341—405 S. 2096) heißt es (bezüglich des § 264a):

„Im Verfolg eines bereits in der Kommission gestellten Antrages . . . . . schlug die Unterkommission vor, die aus Not begangenen kleineren Betrügereien von den schweren Strafen des Betrugs, namentlich des Rückfallbetrugs auszunehmen und nur auf Antrag zu verfolgen. Sie hat daher dem die kleinen Notdiebstähle privilegierenden § 248a des Regierungsentwurfes, auf dessen Annahme zu rechnen sei, einen die kleinen Notbetrügereien betreffenden § 264a nachgebildet“.

Darnach kann nicht der mindeste Zweifel obwalten, daß man mit dem § 264a alle kleineren Betrügereien (aus Not) bevorzugen wollte, ohne Unterschied des Gegenstandes. Die Fassung des § 264a wurde dann versehentlich nicht erschöpfend, weil man eben den § 264a dem § 248a nachbildete und dabei übersah, daß im Gegensatze zum Diebstahl und der Unterschlagung Gegenstand des Betrugs auch ein anderes Vermögensstück sein kann, als eine körperliche Sache.

II. Ausdrucksweise des Strafgesetzbuchs: In erster Linie gilt allerdings der Grundsatz, daß bei Auslegung eines Gesetzes vor allem dessen Ausdrucksweise im Auge behalten werden muß. Man darf nicht den Ausdruck eines Gesetzes nach dem Sinne des gleichen Ausdruckes eines anderen Gesetzes auslegen. Es wäre deshalb auch an sich nicht zulässig, ohne weiteres einen Ausdruck des Strafgesetzbuches im Sinne des gleichen Ausdruckes des Bürgerlichen Gesetzbuches auszulegen. Allein dieser Grundsatz erleidet hier um deswillen eine Ausnahme, weil die Novelle zum Strafgesetzbuche sich selbst nicht mehr an die Ausdrucksweise des Strafgesetzbuches gehalten hat, sondern unter deren Nichtberücksichtigung den Ausdruck „Gegenstand“ gebraucht, obwohl dieser dem Strafgesetzbuche (soweit Vermögensdelikte in Betracht kommen) vollständig fremd ist. Weder der § 242 (Diebstahl), noch der § 246 (Unterschlagung) kennt den Begriff „Gegenstand“, beide Paragraphen kennen nur den Ausdruck „(fremde) bewegliche Sache“. Dagegen spricht auch nicht der Umstand, daß in § 243 Nr. 1 der Ausdruck „Gegenstand“ vorkommt, denn dort handelt es sich nicht um einen bestimmten allgemeinen Begriff hinsichtlich des Diebstahls, sondern um ganz bestimmt bezeichnete Gegenstände, nämlich Gegenstände, welche dem Gottesdienste geweiht sind. Wie soll nun der Begriff „Gegenstand“ ausgelegt werden, da er der Ausdrucksweise des Strafgesetzbuchs (hinsichtlich der Vermögensdelikte) völlig fremd ist?

Ist dies an der Hand des Strafgesetzbuches nun nicht möglich, so kann ich kein Hindernis sehen, daß der Ausdruck ausgelegt wird im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, besonders wenn man berücksichtigt, daß dieses zur Zeit der Strafgesetznovelle schon ungefähr 12 Jahre lang galt.

Dann aber ist es unbedenklich, unter den § 264a StGB. sämtliche Vermögensgegenstände zu bringen.

Es bestimmt nämlich § 90 BGB.: Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände. Da aber die Strafgesetznovelle den Ausdruck „Sache“ nicht mehr beibehalten hat (s. §§ 248a, 264a StGB.), da sie ferner den Ausdruck „körperliche“ Gegenstände nicht aufgenommen hat, sondern nur den Aus-

druck „Gegenstände" ohne jeden Beisatz gewählt hat, so ergibt sich, daß der Ausdruck „Gegenstand" nicht gleichbedeutend sein kann mit „körperlicher" Gegenstand oder „Sache".

Nun enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine Begriffsbestimmung für den „Gegenstand". Aus den verschiedenen Vorschriften aber, in denen der „Gegenstand" genannt wird, ergibt sich jedenfalls soviel, daß sein Begriff weiter geht als der der Sache. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes gehört dazu alles, was Bestandteil des Vermögens einer Person sein kann, also außer den Sachen- und Vermögensrechten sogar tatsächliche Verhältnisse, sofern sie einen Vermögenswert haben (s. RGRKomm. § 90 Anm. 3; Staudinger [7./8.] Bd. I S. 336 Anm. 4). Der Ausdruck „Gegenstand" umfaßt (körperliche) Sachen und andere (unkörperliche) wirtschaftliche Güter (s. Fischer-Henle [9] § 90 Anm. 3).

Nach dem Ausgeführten dürfte es zulässig sein, den § 264a StGB. auch dann anzuwenden, wenn nicht körperliche Sachen, sondern Vermögensvorteile irgendwelcher Art, z. B. ein Nachtquartier oder freie Bahnfahrt, das Objekt des Notbetrugs bilden.

Landgerichtsrat Hagen in Kempten.

Nachschrift. Unmittelbar vor Drucklegung dieses Aufsatzes kommt mir eine Abhandlung des Herrn Geh. Justizrates, Oberlandesgerichtsrates Dr. v. Feilitzsch, in der „LZ." 1914 S. 618 ff. zu Gesicht, die mich jedoch nicht belehren kann. v. Feilitzsch vertritt das Gegenteil der hier dargelegten Auffassung.

Er stützt sich dabei zunächst auf den Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch des Gesetzes. Er macht geltend: § 248a verstehe unter Gegenständen nur körperliche Gegenstände; § 264a habe aber die Begriffe „aus Not" und „geringwertige Gegenstände" kurzweg aus § 248a übernommen. Letzteres ist richtig. Aber ich habe schon oben ausgeführt, nicht bloß die Novelle, sondern auch der Regierungsentwurf haben auffallenderweise und ohne ersichtlichen Grund die Ausdrucksweise „fremde bewegliche Sachen" der §§ 242 und 246 aufgegeben im § 248a. Es muß doch auffallen, daß § 248a auf einmal mit dem Ausdruck „Gegenstände" daherkommt, während §§ 242 und 246 nur den Ausdruck „bewegliche Sachen" kennen. Es haben demnach Regierungsentwurf und Novelle die Ausdrucksweise des StGB. verlassen.

Weiter macht v. F. geltend: Der Regierungsentwurf habe bei seinem § 248a eine Milderung rücksichtlich aller Sachen gewollt, die überhaupt gestohlen oder unterschlagen werden können, soferne sie nur geringwertig seien und die Tat aus Not begangen worden sei, aber wohlgemerkt nur rücksichtlich aller Sachen. Wenn sich nun die Reichstagskommission den § 248a des Regierungsentwurfes zum Vorbild für § 264a genommen habe, so bezeuge das nicht die Absicht, den § 264a zu erweitern. Ich meine, dieser Punkt spreche eigentlich für meine Ansicht. Richtig ist dabei soviel, daß sich § 248a nur auf Sachen bezieht. Aber warum? Weil er sich auf etwas anderes überhaupt nicht beziehen kann. Denn Rechte können weder gestohlen noch unterschlagen werden. Ein Nachtquartier oder eine Bahnfreifahrt kann man weder stehlen noch unterschlagen. Gegenstand eines Diebstahls oder einer Unterschlagung kann eben nur eine Sache sein. Wenn deshalb der Regierungsentwurf bei seinem § 248a eine Milderung rücksichtlich aller Sachen haben wollte, die überhaupt gestohlen oder unterschlagen werden können, soferne sie nur geringwertig sind und die Tat aus Not begangen ist, so heißt das mit anderen Worten, der Regierungsentwurf wollte eine Milderung hinsichtlich aller Diebstähle und Unterschlagungen beim Vorliegen eines geringen Wertes und von Not. Dann ist es aber doch naheliegend, auch den § 264a in der Weise auszulegen, daß unter ihn alle Betrügereien fallen, wenn Not und Geringwertigkeit gegeben sind. Dabei kommt noch folgendes in Betracht: Bei den Verhandlungen über § 264a wurde nie von irgend jemand davon etwas gesprochen, daß als Gegenstand des Notbetrugs — im Gegensatze zum Notdiebstahl und zur Notunterschlagung — nur Sachen in Betracht kommen sollten. Es wurde weder gesagt, daß unter § 264a nur Sachen fallen sollten, noch wurde davon gesprochen, daß andere Gegenstände als Sachen nicht unter § 264a fallen sollten. Man hat hierüber eben überhaupt nicht verhandelt, und zwar offensichtlich deshalb, weil übersehen worden ist, daß Objekt eines Betruges auch andere Gegenstände als Sachen sein können. Und wenn man die Begründung ins Auge faßt, welche die Unterkommission für die Schaffung des § 264a gegeben hat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der § 264a nicht auf „Sachen" beschränkt werden sollte. Denn diese Begründung spricht weder von Sachen noch von Gegenständen, sondern sagt ganz allgemein:

> Im Verfolg eines bereits in der Kommission gestellten Antrages .... schlug die Unterkommission vor, die aus Not begangenen kleineren Betrügereien (!) von den schweren Strafen des Betrugs .... auszunehmen. .... Sie hat daher dem .... § 248a .... einen die kleinen Notbetrügereien(!) betreffenden § 264a nachgebildet.

Also die kleinen Notbetrügereien ganz allgemein wollte man durch § 264a bevorzugen und deshalb hat man den § 264a dem § 248a nachgebildet. Und diese Nachbildung ist etwas „verunglückt", weil man übersehen hat, daß durch Betrug auch andere Gegenstände, als Sachen verschafft werden können. Hätte bei den Verhandlungen irgend jemand hierauf aufmerksam gemacht, so wäre auch unzweifelhaft der § 264a so gefaßt oder doch so erklärt worden, daß unter ihn alle kleineren Notbetrügereien zu fallen haben.

Hinderung des Vollzugs ungesetzlicher Strafen durch richterliche Entscheidung. Diesen Grundsatz hat nunmehr auch das Bayerische Oberste Landesgericht in einem Beschlusse vom 2. Mai 1914 in einem Fall anerkannt, der den im lfd. Jahrg. dieser Zeitschrift S. 96 vom I. Staatsanwalt Weber in Landshut mitgeteilten Fällen gleichartig liegt. Der Sachverhalt ist folgender:

Die Angeklagte G. wurde am 24. Mai 1913 vom Landgerichte D. wegen Beihilfe zur Urkundenfälschung zur Gefängnisstrafe von 2 Monaten, wegen Betrugs zur Gefängnisstrafe von 3 Wochen und nach § 79 StGB. zur Gesamtstrafe von 2 Monaten und 15 Tagen Gefängnis verurteilt. Sie legte gegen das Urteil Revision ein, beschränkte diese aber in der Begründung auf die Verurteilung wegen der Beihilfe zur Urkundenfälschung. Am 16. Oktober 1913 hob das Reichsgericht das Urteil insoweit und in bezug auf die Gesamtstrafe auf und verwies in diesem Umfange die Sache an die erste In-

stanz zurück. Das Landgericht verurteilte die Angeklagte am 4. Dezember 1913 auf Grund des gleichen Sachverhalts nunmehr wegen Beihilfe zum versuchten Betrug neuerdings zur Gefängnisstrafe von zwei Monaten und bildete aus dieser und der durch das Urteil vom 24. Mai 1913 rechtskräftig zuerkannten dreiwöchigen Gefängnisstrafe wiederum eine Gesamtstrafe von zwei Monaten und 15 Tagen Gefängnis. Das Urteil wurde mit dem Ablaufe des 11. Dezember 1913 rechtskräftig.

Gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung der ganzen Strafe entstanden Bedenken, da nach dem Gnadenerlasse vom 5. November 1913 die wegen Betrugs verhängte dreiwöchige Gefängnisstrafe bereits erlassen war, als sie am 4. Dezember 1913 zur Bildung einer Gesamtstrafe herangezogen wurde. Das Landgericht gab dem vom Staatsanwalt und dem Verteidiger der Verurteilten gestellten Antrage, die Vollstreckung der Gesamtstrafe insoweit für unzulässig zu erklären, als sie die am 4. Dezember 1913 wegen Beihilfe zum Betrugsversuch erkannte Strafe von zwei Monaten Gefängnis übersteige, nicht statt. Auf die sofortige Beschwerde des Staatsanwalts sprach das Oberste Landesgericht aus, daß die durch das Urteil des Landgerichts vom 4. Dezember 1913 gegen die G. erkannte Strafe von zwei Monaten und 15 Tagen nur in der Höhe von 2 Monaten Gefängnis vollstreckbar sei.

Der Straffenat führt im wesentlichen aus:

Die Bildung der neuen Gesamtstrafe im Urteile vom 4. Dezember 1913 war sachlich unrichtig; zwar könne diesem dem Strafurteil anhaftenden Mangel auf dem Wege des § 490 StPO. an sich nicht abgeholfen werden; dagegen schaffe der § 490 die Möglichkeit der Abhilfe in bezug auf die Zulässigkeit der Vollstreckung.

Die Entscheidung fährt dann fort:

„Der Staatsanwalt wird vor Vollstreckung des Strafurteils immer zu prüfen haben, ob nicht Umstände eingetreten sind, welche die Strafvollstreckung ausschließen, z. B. Verjährung der Strafvollstreckung, Bezahlung der Geldstrafe und infolgedessen Unzulässigkeit der Vollstreckung der hilfsweise an ihre Stelle getretenen Freiheitsstrafe, Erlaß der Strafe durch einen Gnadenakt (Löwe Anm. 2a zu § 490 StPO.); hinsichtdes zuletzt genannten Grundes der Ausschließung der Strafvollstreckung ist es selbstverständlich gleichgültig, zu welchem Zeitpunkte die Strafe ganz oder teilweise erlassen worden ist. Diesem Prüfungsrecht und dieser Prüfungspflicht des Staatsanwalts ... entspricht das Recht des Verurteilten, Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung zu erheben. Es ist ein selbstverständlicher Grundsatz des Strafprozeßrechts, daß eine erlassene Strafe nicht vollstreckt werden kann. Da die der G. zuerkannte Strafe von drei Wochen Gefängnis erlassen ist, ist deren Vollstreckung unzulässig; es mußte deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses ausgesprochen werden, daß nur die Gefängnisstrafe von zwei Monaten vollstreckt werden darf."

Die Entscheidung entspricht dem Antrage des Generalstaatsanwalts, der in seiner Erklärung zur Beschwerde des Staatsanwalts die neuere Praxis, wonach die Vollstreckung ungesetzlicher Strafen im Wege des § 490 StPO. hintanzuhalten sei (BayZfR. 1913 S. 206, 283, 296), als eine gesunde Rechtsfortbildung bezeichnete, der aus formalistischen Gründen entgegenzutreten nicht angebracht sei. Der Gerichtshof selbst hat sich allerdings nicht allgemein darüber ausgesprochen, in welchem Umfang er die ausdehnende Auslegung des § 490 StPO. billige, wie sie in den angeführten Stellen dieser Zeitschrift vertreten wurde. Allein es darf darauf hingewiesen werden, daß er doch unzweideutig eine Abhilfe gegen die Vollstreckung im Wege des § 490 StPO. in einem Falle zugelassen hat, in dem die Umstände, aus denen später die Unzulässigkeit der Vollstreckbarkeit abgeleitet wurde, schon zur Zeit der maßgebenden Hauptverhandlung vorlagen, nämlich der zweiten Hauptverhandlung, in der (in objektiv unrichtiger Anwendung des § 79 StGB.) die Gesamtstrafe gebildet wurde. Der Senat hat auch darauf kein Gewicht gelegt, ob etwa durch das ordentliche Rechtsmittel gegen die Entscheidung nicht bloß gegen die Vollstreckbarkeit, sondern vielmehr gegen den Ausspruch der unzulässigen Gesamtstrafe hätte angekämpft werden können, d. h. ob nicht durch die Revision die Verletzung des § 79 StGB. hätte geltend gemacht werden können, der eine früher erkannte, aber erlassene Einzelstrafe zur Bildung der Gesamtstrafe heranzuziehen verbietet. Vielmehr hebt die Entscheidung ausdrücklich hervor, es sei selbstverständlich gleichgültig, zu welchem Zeitpunkte die Strafe ganz oder teilweise erlassen worden sei. Es ist klar, daß dies ein Hinwegsetzen über die Rechtskraft des die Gesamtstrafe aussprechenden Urteils ist; denn diese würde an sich verbieten, ein dem Gerichte bei der Bildung der Gesamtstrafe unterlaufenes Versehen in der Vollstreckungsinstanz zu berücksichtigen. Dadurch, daß der Beschluß der Vollstreckungsbehörde das Recht einräumt, eine rechtskräftige Strafe wegen eines Umstandes, den schon das Gericht bei der Festsetzung der Strafe hätte berücksichtigen sollen, nicht oder nicht vollständig zu vollstrecken, sagt er wohl mehr, als es auf den ersten Anblick den Anschein hat.

Rechtskundiger Hilfsarbeiter Cammerer im Staatsministerium der Justiz in München.

Nachschrift des Herausgebers: Die Rechtsanschauung, die den von uns mitgeteilten, oben angeführten Entscheidungen bayerischer Gerichte zu § 490 StPO. zugrunde liegt, hat jetzt Eingang in die eben erschienene 14. Auflage des Löweschen Kommentars gefunden, wo in Bem. 2 zu § 490 diese Entscheidungen ohne Widerspruch angeführt sind. Wir freuen uns, zu dieser Rechtsentwicklung an unserem Teil beigetragen zu haben, und hoffen, daß sie durch den Löweschen Kommentar in immer weitere Kreise dringt.

Ist der Verweisungsbeschluß des § 697 ZPO. nach § 26 GKG. gebührenpflichtig? Diese Frage wurde in einer von der BayZfR. 1913 S. 266 ff. gebrachten Abhandlung eine der brennendsten Streitfragen genannt, die das GKG. gezeitigt habe. Auf Seite 213/14 des laufenden Jahrgangs der Zeitschrift ist ein Beschluß des I. ZS. des OLG. Bamberg vom 20. März 1914 mitgeteilt, der sich für Gebührenfreiheit des Verweisungsbeschlusses nach § 697 ZPO. aussprach. In einer Fußnote ist bemerkt: Siehe die gegenteilige Entscheidung des OLG. Augsburg in BayZfR. Jahrg. 1914 S. 175. Die gegenteilige Ansicht hatte auch noch ein Beschluß des II. ZS. des OLG. Bamberg vom 14. Oktober 1913 vertreten.

Soweit ersichtlich, gewinnt die Ansicht die Oberhand, daß der erwähnte Verweisungsbeschluß als nur

prozeß- oder sachleitende Verfügung gemäß § 47 Nr. 1 GKG. nicht gebührenpflichtig sei.

Der II. ZS. des OLG. Bamberg hat in einem Beschluß vom 16. Juni 1914 die in seinem Beschluß vom 14. Oktober 1913 vertretene Ansicht nicht mehr aufrecht erhalten, sondern hat sich der im Beschluß des I. Senats vom 20. März 1914 dargelegten Ansicht angeschlossen, so daß jetzt wenigstens in den beiden Zivilsenaten des OLG. Bamberg Einhelligkeit in dieser Frage herrscht. Ausschlaggebend war für den Beschl. vom 16. Juni 1914 hauptsächlich die Erwägung, daß durch die Novelle vom 1. Juni 1909, die den § 697 ZPO. in seiner jetzigen Fassung erst schuf, das Mahnverfahren begünstigt, nicht erschwert und verteuert werden sollte. — ch —

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Gefährdung des Hausverkehrs durch Geräte auf den Treppen. Als der Kläger zwischen 3 und 4 Uhr nachts in die Wohnung heimkehrte, kam er über eine auf der Laufbahn der unbeleuchteten Haustreppe gelegene Leiter zu Fall. Seine Schadensklage ist von den Vorgerichten abgewiesen worden. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Ein Hauseigentümer, der durch Vermieten von Wohnungen einen Verkehr in seinem Hause eröffnet, muß die Zugänge, insbesondere die Treppen verkehrssicher erhalten. Wird dieser allgemeine Hausverkehr bei Hausausbesserungen durch verstelltes Handwerksgerät für die Hausbesucher besonders gefährdet, so hat sich auch die Schutzpflicht des Hauseigentümers zu steigern. Seine eigene Sorgfaltspflicht erheischt es daher, solchen besonderen Verkehrsgefährdungen auch durch besondere Vorkehrungen wirksam abzuhelfen. Dazu reicht es nicht aus, die Arbeiten einem umsichtigen Handwerksmeister zu übertragen, diesem einen Platz für die Geräte anzuweisen und ihn im übrigen nach eigenem Ermessen schalten zu lassen, im Vertrauen darauf, daß der Hausverkehr ungefährdet bleiben werde. Vielmehr gebot es die Sorgfaltspflicht des Beklagten, aus sich heraus und ohne daß sich zuvor eine begründete Ursache, ein bestimmter Anlaß zum Einschreiten herausstellte, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, daß die tagsüber benutzten Leitern nachts auf den Treppen nicht verkehrsgefährdend liegen gelassen würden. Wollte er nicht in eigener Person abends die Treppen daraufhin ansehen, so hätte auch schon eine bestimmte ausdrückliche Anweisung an die Hausmeisterin oder eine sonstige zuverlässige Person ausgereicht, hierauf allabendlich zu achten, von etwaigen nicht beseitigten Hindernissen Mitteilung zu machen oder doch wenigstens für wirksame Beleuchtung der gefährlichen Stellen zu sorgen. Es ist aber nicht festgestellt, daß er der Hausmeisterin, die nur mit der gewöhnlichen Reinigung der Treppen betraut war, einen derartigen besonderen Auftrag gegeben hat. Ohne diese Gewißheit aber hatte er mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die Treppen nicht durchweg abends hindernisfrei gehalten wurden, und zwar um so mehr, wenn er vom Kläger kurz vor dem Unfall auf die mangelhafte Freihaltung der Treppen noch besonders hingewiesen worden sein soll. Bestand aber die Möglichkeit, daß der nächtliche Hausverkehr durch liegengebliebenes Handwerksgerät gefährdet werden konnte, so war es ohne weiteres ein Gebot der verkehrserforderlichen Sorgfalt, die Treppen auch die ganze Nacht hindurch zu beleuchten und so wenigstens die Hindernisse augenfällig zu machen. (Urt. des VI. ZS. vom 2. April 1914, VI 128/14). ——— n.

8370

II.

Die fiduziarische Veräußerung eines Grundstücks oder des Anspruchs auf Auflassung des Grundstücks in der Absicht, das Grundstück dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, ist nicht auf Grund der §§ 134, 138 BGB. wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig, kann aber als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Geschäft i. S. des § 817 BGB. angesehen werden; kann der Veräußerer trotz der Vorschrift in § 817 Satz 2 die Rückübertragung des Grundstücks fordern? Aus den Gründen: Das OLG. nimmt an: Durch den Verkauf des Grundstücks und die daraufhin vom Kläger herbeigeführte Auflassung des Grundstücks an den Beklagten hätten beide Parteien gegen die guten Sitten verstoßen. Es meint: dies sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein „fraudulöses“ Rechtsgeschäft, wie es nach dem angegebenen Zweck vorläge, nach den Bestimmungen des AnfechtungsG. anfechtbar sei; allerdings seien derartige Rechtsgeschäfte nicht nichtig auf Grund des § 138 BGB.; einem an sich gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäft werde aber sein sittenwidriger Charakter nicht dadurch genommen, daß das Gesetz unter besonderen Umständen nicht die gewöhnliche Rechtsfolge daran knüpfe. Was die Revision hiergegen vorbringt, schlägt nicht durch. Ohne Grund behauptet sie, das RG. habe in ständiger Rechtsprechung daran festgehalten, daß ein nur anfechtbares Rechtsgeschäft nicht auch gegen die guten Sitten verstoßen könne. Das von ihr herangezogene Urteil des II. ZS. (Entsch. Bd. 56 Nr. 58) nimmt an, der Umstand, daß der Abtretungsvertrag gegen den § 241 KO. verstoßen habe, begründe nicht seine Nichtigkeit nach dem § 134 BGB., und verneint die Frage, ob das Abtretungsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nach § 138 nichtig sei. Im Zusammenhang hiermit heißt es in dem Urteil allerdings auch: auszugehen sei von der durch die Bestimmungen der KO. über die Anfechtbarkeit bestätigten Auffassung des Gesetzgebers, daß ein Zuwiderhandeln gegen die Strafbestimmung des § 241 KO. nicht das in dieser Weise zustande gekommene Rechtsgeschäft als gegen die guten Sitten verstoßend erscheinen lasse. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß hier nicht über einen Fall des § 241 KO. (Gläubigerbegünstigung) zu urteilen ist, außerdem ist der wiedergegebene Satz nach dem Zusammenhange nicht dahin zu verstehen, daß ein Zuwiderhandeln gegen den § 241 KO. unter keinen Umständen einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten könne. Bestätigt wird anderseits die Auffassung des OLG. durch die Urteile des VI. und des VII. ZS. bei Gruchot Bd. 49 S. 351 und Entsch. Bd. 69 Nr. 33 auf S. 147. In ihnen ist deutlich der Standpunkt vertreten, daß eine Nichtigkeit der zur Gläubigerbenachteiligung vorgenommenen Rechtsgeschäfte gemäß den §§ 134, 138 BGB. auch dann abzulehnen sei, wenn der Tatbestand einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten enthält. Insbesondere sagt das letztere der beiden Urteile: „Da dem Gesetzgeber, der das BGB. und die KO. sowie das AnfG. in ihrer jetzigen Gestalt zu gleicher Zeit hat in Kraft treten lassen, nicht zugetraut werden kann, daß er völlig überflüssige Bestimmungen hat treffen wollen, so sind die Vorschriften des BGB. einerseits und der KO. und des AnfG. anderseits in der Weise miteinander zu vereinigen, daß, wenn die fraudulosen Geschäfte des § 31¹ KO. und des § 3¹ AnfG. gegen die guten Sitten oder gegen gesetzliche Verbote verstoßen sollten, mit diesem Mangel nach dem Willen des Gesetzgebers in Ausnahme von



den Bestimmungen der §§ 134 und 138 BGB. nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit jener Rechtsgeschäfte verknüpft sein soll." (Deutsch! Der Herausgeber). Für die Anwendbarkeit des § 817 BGB. kommt es übrigens nicht darauf an, ob das Rechtsgeschäft, in dem die Leistung beschlossen ist oder auf dem sie beruht, nach seinem sich aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Grund ergebenden Gesamtcharakter (vgl. RGZ. Bd. 75 Nr. 18 auf S. 74, Bd. 80 Nr. 51 auf S. 221) gegen die guten Sitten verstößt, sondern nur darauf, ob der Zweck der Leistung in der Art bestimmt ist, daß der Empfänger durch die Annahme und — Satz 2 — der Leistende durch die Leistung gegen die guten Sitten verstößt. Dies hat das OLG. jedenfalls ohne Rechtsirrtum mit Rücksicht darauf angenommen, daß durch den Kaufvertrag und die Auflassung des Grundstücks an den Beklagten nach der Absicht beider Parteien das Grundstück dem Zugriffe der Gläubiger des Klägers entzogen werden sollte. Das OLG. nimmt ferner an, daß der Kläger durch den Verkauf des Grundstücks und die Herbeiführung der Auflassung des Grundstücks an den Beklagten gegen den § 288 StGB. und der Beklagte durch den Kauf und die Entgegennahme der Auflassung gegen den § 288 in Verbindung mit dem § 49 StGB., somit beide gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hätten. Auch die Angriffe, die die Revision hiergegen richtet, sind hinfällig. Allerdings erfordert der § 288 eine drohende Zwangsvollstreckung. Dazu ist jedoch keineswegs erforderlich, daß eine Zwangsvollstreckung schon begonnen hat; es genügt insbesondere schon die Erhebung der Klage, wenn daraus auf eine Absicht des Gläubigers geschlossen werden kann, auf Grund des zu erwirkenden Urteils mit Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner vorzugehen (vgl. RGSt. Bd. 2 Nr. 25, Bd. 20 Nr. 94). Daß der Maurermeister T. am 3. Januar 1912 auf Zahlung von 24036,10 M und die Firma K. am 6. Januar 1912 auf Zahlung von 7504,11 M Klage gegen den Kläger erhoben hatten, ist festgestellt und nach der Behauptung des Klägers sind die betreffenden Rechtshandlungen gerade vorgenommen worden, um das Grundstück dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen. Indem der Kläger das von B. gekaufte Grundstück an den Beklagten weiterverkaufte und B. veranlaßte es unmittelbar dem Beklagten aufzulassen, hat er, wenn nicht das Grundstück selbst, so jedenfalls seinen Anspruch an B. auf Uebertragung des Eigentums veräußert; das wird namentlich nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Beklagte das Grundstück nur so lange behalten sollte, als die Gläubiger des Klägers noch darauf (als Befriedigungsmittel) Anspruch machten. Diese Abrede berührte nur das Verhältnis zwischen den Parteien, nicht dagegen die Wirksamkeit der Auflassung an den Beklagten, noch den Fortfall des bezeichneten Anspruchs des Klägers an B.

Mit Recht aber rügt die Revision eine Verletzung des § 817 BGB. in anderer Richtung. Nach der in den Urteilen des III. und des II. ZS. Entsch. Bd. 67 Nr. 79 (auf S. 326) und JW. 1912 S. 862/3 unter 20 vertretenen Rechtsansicht ist als Leistung i. S. des § 817 nur der Vermögensvorteil anzusehen, der bestimmt war, endgültig in das Vermögen des Empfängers überzugehen. Das OLG. glaubt, es brauche zu dieser Ansicht nicht Stellung zu nehmen, da der Kläger auch nach dem Inhalt des von ihm behaupteten fiduziarischen Vertrages die Auflassung des Grundstückes an ihn vom Beklagten zurzeit nicht verlangen könne. Dies insbesondere wird von der Revision mit Recht bekämpft. Allerdings hat der Kläger den Inhalt des fiduziarischen Vertrages dahin angegeben, daß der Beklagte das Grundstück so lange behalten solle, als seine, des Klägers, Gläubiger noch Anspruch darauf machten. Das OLG. verkennt jedoch Zweck und Sinn des Vertrages, indem es annimmt, hiermit habe dem Beklagten nicht nur eine Pflicht auferlegt, sondern auch das Recht eingeräumt werden sollen, das Grundstück bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt, und zwar auch gegen den erklärten Willen des Klägers, zu behalten. Der Zweck des Vertrages war, das Grundstück vor dem Zugriff der Gläubiger des Klägers zu bewahren, und zwar allein in dessen Interesse. Das weist nach den §§ 133, 157 BGB. auf eine Vertragsauslegung hin, nach der es lediglich vom Ermessen des Klägers abhängen sollte, zu bestimmen, wann dieser Sicherungszweck erreicht oder erledigt war und der Beklagte das Grundstück an ihn herauszugeben hatte. — Die in den bezeichneten Urteilen des III. und II. ZS. vertretene Rechtsansicht aber ist gerechtfertigt; unbegründet ist der vom OLG. angeregte Zweifel, ob dabei der Begriff der Leistung nicht etwa eine Einschränkung erfährt, die sich aus dem Gesetze selbst nicht ergibt. Wie nach dem § 817 die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehen kann, so kann die Leistung auch durch eine mit bezug auf sie vom Leistungsempfänger eingegangene Verbindlichkeit gemindert sein. Die Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück oder die Uebernahme der Verpflichtung zu solcher Eigentumsübertragung ist eine andere und mindere Leistung, wenn sie mit der Verpflichtung des Leistungsempfängers verbunden ist, das Eigentum wieder auf den Leistenden zu übertragen, als wenn sie ohne solche Verpflichtung erfolgt. Durchaus zutreffend heißt es in dem Urteile des II. ZS.: „Aus dem Inhalte des Geschäfts ist auch der Gegenstand der in Vollzug des Geschäfts bewirkten Leistung und damit der Umfang der Anwendbarkeit des § 817 zu bestimmen. Danach hat aber (in dem dort beurteilten Fall) die Leistung des Klägers nicht in der Auflassung schlechthin, sondern nur in der vorübergehenden, einem . . . . jetzt nicht mehr vorhandenen Zwecke dienenden Einräumung der Stellung eines Eigentümers bestanden. Wollte man dem Beklagten das Recht zugestehen, die Rückgabe dauernd zu verweigern, so würde er in Wahrheit nicht nur das behalten, was er durch das unsittliche Geschäft erlangt hat, sondern er würde einen weiteren in der Leistung des Klägers nicht begründeten Vermögensvorteil hinzuerwerben." Darnach besteht auch hier das, was der Beklagte als empfangene Leistung gemäß dem 1. Satze des § 817 herauszugeben hätte, dessen Rückforderung aber gemäß dem 2. Satze des § 817 ausgeschlossen ist, nicht in der Auflassung des Grundstücks schlechthin, sondern in dieser Auflassung verbunden mit der Verpflichtung zur Auflassung an den Kläger nach dem erörterten Inhalte des fiduziarischen Vertrages, so daß er das Grundstück auf Grund des § 817 Satz 2 auch nur mit dieser Verpflichtung behalten kann. (Urt. des V. ZS. vom 25. April 1914, V 564/1913). E.

3414

III.

Bezeichnung der Forderung bei der Hypothekbestellung; gehört dazu unter allen Umständen die Angabe des Schuldners und des Schuldgrundes? Wirkungen einer ungenügenden Bezeichnung; abstrakte Verbindlichkeiten genügen als Grundlage für eine Hypothek. Aus den Gründen: Das OLG. hat sich unter Hinweisung auf die §§ 1113, 1115 BGB. und auf die in der Literatur und Rechtsprechung zutage getretenen widersprechenden Meinungen für die strengere Auffassung entschieden und angenommen, daß die erwähnten Vorschriften die genaue Bezeichnung der Forderung nicht bloß vorschrieben, sondern daß diese genaue Bezeichnung für die Begründung und Rechtswirksamkeit der Hypothek ein so wesentliches und unerläßliches Erfordernis sei, daß bei deren Mangel die ganze Hypothek nichtig sei. Zur genauen Bezeichnung der Forderung gehöre aber unbedingt die genaue Angabe des Schuldgrundes und des Schuldners, woran es hier fehle. Beides hätte zwar nach § 1115 Abs. 1 BGB. nicht gerade im Grundbuch, wohl aber in der Eintragungsbewilligung geschehen müssen, auf die dort

verwiesen wird, aber auch sie lasse in dieser Beziehung im Stich. Die Lebensstellung des Gläubigers und des Ausstellers der Eintragungsbewilligung sowie die zwischen beiden bestehende Geschäftsverbindung — Umstände, worauf der Beklagte und der Nebenintervenient hingewiesen hatten — ließen keinen sicheren Schluß auf den Schuldgrund und die Person des Schuldners zu. Sie könnten allenfalls in Betracht kommen, wenn es sich um eine Höchstbetragshypothek handelte, eine solche liege aber nach dem Inhalt der Eintragung nicht vor. Letzteres ist richtig; von Rechtsirrtum beeinflußt sind jedoch die Ausführungen, mit denen das OLG. wegen der mangelhaften Bezeichnung des Schuldgrundes und des Schuldners die Nichtigkeit der Hypothekeintragung angenommen hat. An sich ist zwar die Ungenauigkeit nicht in Abrede zu stellen und es hätte daher die Eintragung bis zur Beseitigung der Anstände abgelehnt werden können. Daraus folgt jedoch nicht ohne weiteres die Rechtsunwirksamkeit der dennoch vorgenommenen Eintragung. Das BGB. hat sich bei der Regelung des Grundbuchrechtes im allgemeinen dem früheren preußischen Recht, den Grundbuchgesetzen vom 5. Mai 1872, angeschlossen. Es hat damit übereinstimmend (§§ 23, 19[1] GrundeigG., § 43 GBO.) im § 1115 Abs. 1 BGB. die notwendigen, in das Grundbuch zu übernehmenden Merkmale der Forderung bezeichnet und bezüglich der hier in Rede stehenden Merkmale (Schuldner und Schuldgrund) das preußische Recht sogar gemildert, indem es in dieser Beziehung die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gestattet hat. Auch hat es dem im preußischen Recht nur ausnahmsweise zugelassenen abstrakten Schuldversprechen (RG. 39, 202) in den §§ 780, 781 BGB. allgemeine Geltung verschafft. Der Berufungsrichter hätte daher vor allem auf die Rechtsentwickelung und Rechtsprechung des früheren preußischen Rechts eingehen und auch prüfen müssen, ob die keine genaue Angabe des Schuldgrundes enthaltende Bewilligung nicht ein Schuldanerkenntnis i. S. des § 781 oder ein abstraktes Versprechen i. S. des § 780 BGB. enthielt. Daß eine Forderung vorhanden, war schon aus der Bewilligung der Sicherungshypothek und den Worten „für 6000 *M*" zu folgern (Urt. vom 17. Januar 1912, V 327/11, im ZBlFG. Bd. 13 S. 201, in JW. 1912 S. 351 Nr. 16). Das Anerkenntnis oder die Begründung einer selbständigen Zahlungsverpflichtung durch die Eintragungsbewilligung aber hätte möglicherweise durch Auslegung festgestellt werden können (Johows Jahrb. Bd. 31 B S. 13 Bd. 26 A S. 278, Planck Anm. 5a zu § 1115 BGB.). Daß abstrakte Verbindlichkeiten als Grundlage für eine Hypothek genügen, ist selbstverständlich und z. B. vom preußischen RG. stets angenommen worden (Johows Jahrb. Bd. 22 A S. 307, Bd. 26 A S. 139, Bd. 35 A S. 279/83). Im übrigen ist, auch wenn man von der abstrakten Verbindlichkeit absieht, im früheren preußischen Recht die ungenaue, ja selbst die unrichtige Bezeichnung des Schuldgrundes oder des Schuldners niemals als Nichtigkeitsgrund betrachtet worden. Der ständigen Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals hat sich in dieser Beziehung die ebenso ständige Rechtsprechung des RG. angeschlossen (Entsch. 45, 176; Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 945, Bd. 31 S. 1048, Bd. 34 S. 470; JW. 1898 S. 36 Nr. 91, S. 272 Nr. 42, 1902 S. 421 Nr. 14, 1903 S. 162 Nr. 32). Das OLG. meint zwar, es sei ein Unterschied zwischen einer unrichtigen und einer überhaupt nicht vorhandenen Angabe des Schuldgrundes und des Schuldners. Es verwechselt aber hierbei die Forderung, die allerdings vorhanden und bezeichnet sein muß, mit den einzelnen dieser Bezeichnung dienenden Merkmalen. Die Angabe des Schuldners und des Schuldgrundes in der Eintragungsbewilligung hat nur die Bedeutung der näheren Bezeichnung und Bestimmung (Identifizierung) der Forderung (Mot. zu § 1064 Bd. III S. 643), weil die anderen Merkmale der Forderung, die nach § 1115 BGB. in das Grundbuch übernommen werden müssen und auch im vorliegenden Falle übernommen worden sind, dazu in der Regel nicht ausreichen. Dabei aber handelt es sich eben nur um eine Regel, nicht um eine unverbrüchliche Norm, die keine Ausnahmen duldet. Denn es läßt sich sehr wohl denken, daß eine Forderung auch ohne Angabe des Schuldgrundes in anderer Weise, z. B. durch bestimmte Zeitangaben oder Tatsachen, ganz genau bezeichnet wird. Sodann aber hat das OLG. die in der Eintragungsbewilligung enthaltenen, zur Bestimmung des Schuldgrundes und mittelbar der Forderung von dem Beklagten herangezogenen Angaben nicht ausreichend gewürdigt. Wie nach allgemeiner Annahme beim Mangel einer entgegenstehenden Angabe im Schuldbekenntnis dessen Aussteller als Schuldner anzusehen ist, so ist es nicht bloß bei der Höchstbetragshypothek, sondern auch bei einer gewöhnlichen Sicherungshypothek möglich, daß die Beteiligten und die Verkehrsanschauung in einer Sicherungshypothek, die ein „Maurermeister" einem „Holzhändler" „für 6000 *M*" bestellt, eben wegen des Mangels einer anderweitigen Bezeichnung des Schuldgrundes, eine Hypothek für Forderungen aus Baulieferungen und Baugeschäften finden. Daß dieser Schluß „ein sicherer" sei, wie das OLG. verlangt, ist durchaus nicht erforderlich, es würde vielmehr, wenn der Verkehr zunächst (prima facie) von einer solchen Annahme ausgeht, diese Annahme genügen. Denn stellt sich die Annahme nachträglich als unrichtig heraus, so läge eben eine unrichtige Angabe des Schuldgrundes vor, die nach der oben erwähnten Rechtsprechung niemals die Nichtigkeit der Hypothek herbeiführen kann, sondern nur die Beweislast verschiebt. Wäre aber auch wegen ungenügender Bezeichnung der Forderung die Hypothek unwirksam, so wäre die Eintragung doch nicht nach ihrem Inhalt so offensichtlich unzulässig, daß sie nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen gelöscht werden könnte. Es wäre der Fall des ersten Satzes des § 54 a. a. O. gegeben, wornach das Grundbuchamt bei einer Unrichtigkeit des Grundbuchs, die es durch eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften herbeigeführt hat, von Amts wegen nur einen Widerspruch eintragen darf. Die Löschung könnte beim Mangel einer Einwilligung des Berechtigten nur mit der Grundbuchberichtigungsklage des § 894 BGB., vielleicht auch (vgl. Güthe Anm. 26 zu § 54 a. a. O.) unter Anwendung des § 22 GBO. mit der von dem OLG. zugelassenen Feststellungsklage herbeigeführt werden. Gegenüber diesen Klagen aber kann, was das OLG. zu Unrecht verneint hat (RG. 78, 375, 377; 81, 291), der Beklagte die Einrede erheben, daß die Klägerin vertragsmäßig zur Einräumung der Hypothek verpflichtet sei. Bis zur Bestellung einer vollgültigen Hypothek mit dem früheren Range könnte er die Löschung verweigern. (Urt. des V. ZS. vom 22. April 1914, V 495/13). E.

3415

IV.

Verteilung der Pflichtteilslast zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer. Der Erblasser hat letztwillig seine drei Enkel, die Kinder seiner Tochter, zu Erben eingesetzt, der Tochter selbst den lebenslänglichen Nießbrauch an den Erbteilen ihrer Kinder zugewendet, seine Witwe, die Beklagte, aber mit dem lebenslänglichen ihr zu sichernden Nießbrauch an einem Kapitale von 30000 *M* bedacht, außerdem noch Einzelvermächtnisse von zusammen 9300 *M* vergeben. Die Tochter hat das ihr zugewendete Nießbrauchsvermächtnis ausgeschlagen und den Pflichtteil beansprucht, der sich bei einem Nachlaßbestande von 63315.82 *M* auf ³/₈ des Nachlasses gleich 23741.40 *M* beläuft. Die klagende Witwe bekennt, wegen des ihr ausgesetzten Nießbrauchsrechtes an dem Kapital von 30000 *M* durch Bestellung einer Hypothek von 20000 *M* gesichert worden zu sein. Sie verlangt aber Sicherung auch bezüglich des Restbetrags von 10000 *M*. Der Nachlaßverwalter bestreitet den Klaganspruch, da das Nießbrauchsvermächtnis der Klägerin vermöge der Grundsätze über die Tragung

der Pflichtteilslast zur Auszahlung des Pflichtteils der Tochter anteilig mit beizutragen habe und demgemäß in Höhe des eingeklagten Betrags untergegangen sei. Das LG. hat den Beklagten verurteilt, der Klägerin den Nießbrauch noch an einem Kapital von 7873 M zu bestellen, und ihr dieses Kapital zu sichern. Wegen des Mehrgeforderten ist die Klage abgewiesen worden. Das OLG. hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, dagegen auf Anschlußberufung der Klägerin den Beklagten zur Nießbrauchsbestellung und Sicherung der Klägerin in der vollen Höhe von 10000 M verurteilt. Die Revision blieb erfolglos.

Gründe: Das BG. veranschlagt den Wert des der Tochter des Erblassers zugewendeten und nachmals von ihr ausgeschlagenen Nießbrauchsvermächtnisses für die Zeit des Erbfalls auf 26103.60 M. Durch die Ausschlagung des Vermächtnisses und die hierdurch eingetretene Befreiung von der Vermächtnisschuld hätten die Erben einen mit dem vollen Werte des Vermächtnisses einzustellenden Vorteil erlangt. In dieser Höhe hätten sie gemäß § 2321 BGB. die Pflichtteilslast selbst zu tragen; da der Pflichtteilsanspruch ihrer Mutter unstreitig bloß 23743.41 M beträgt, könnten sie nicht die Vermächtnisnehmer zur Tragung der Pflichtteilslast mit heranziehen. Die Revision erblickt den infolge der Vermächtnisausschlagung den Erben zugeflossenen Vorteil nur in dem Unterschied zwischen dem höheren Vermächtnis- und dem niedrigeren Pflichtteilsbetrage (2360.19 M), insoweit liege den Erben die Pflichtteilslast selbst ob, wegen des Restbetrags des an ihre Mutter auszuzahlenden Pflichtteils (21383.22 M) aber seien sie gemäß § 2318 BGB. berechtigt, auch die Vermächtnisnehmer, darunter die Klägerin, verhältnismäßig zur Tragung der Pflichtteilslast mit heranzuziehen.

Die Revision ist nicht begründet. Nach § 2318 ist die Pflichtteilslast, wennschon dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber allein der Erbe haftet, im Verhältnis nach innen von dem Erben und dem Vermächnisnehmer (Auflageberechtigten) verhältnismäßig zu tragen. Wer aus dem Nachlaß etwas erhält, soll nach Verhältnis des Empfangenen zur Deckung der Pflichtteilslast beitragen. Dieser Grundsatz wird aber eingeschränkt durch die Vorschriften der §§ 2320 und 2321. Hiernach hat in erster Linie derjenige die Pflichtteilslast dem mit ihm verhafteten Erben abzunehmen, der an Stelle des Pflichtteilsberechtigten kraft gesetzlicher Erbfolge oder kraft Verfügung von Todes wegen dessen Erbteil ganz oder teilweise erhält. Ebenso hat er die Pflichtteilslast, wenn der Pflichtteilsberechtigte ein ihm zugewandtes Vermächtnis angenommen hat, gegenüber dem mit dem Vermächtnis Beschwerten in Höhe des erlangten Vorteils, das ist in Höhe des Vermächtniswertes zu tragen, den der Pflichtteilsberechtigte infolge Annahme des Vermächtnisses sich auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen hat (§ 2307 Abs. 1). Soweit die Ausnahme des § 2320 nicht eingreift, bleibt die Pflichtteilslast gemäß § 2318 dem Erben und Vermächtnisnehmer (Auflageberechtigten). Aber auch dieser Grundsatz wird beschränkt durch § 2321. Wenn der Pflichtteilsberechtigte, um den Pflichtteil unverkürzt verlangen zu können, das ihm zugewandte Vermächtnis ausschlägt, soll die Pflichtteilslast im Verhältnis der Erben und Vermächtnisnehmer zueinander in Höhe des erlangten Vorteils dem obliegen, welchem die Ausschlagung zustatten kommt. Der Pflichtteilsberechtigte braucht sich die Verweisung auf ein Vermächtnis nicht gefallen zu lassen. Er kann den Erben in voller Höhe des Pflichtteils in Anspruch nehmen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt. In diesem Falle behält aber die Anordnung des Vermächtnisses ihre Wirkung für die Verteilung der Pflichtteilslast, worüber der Erblasser frei bestimmen kann (§ 2324). Der Vermächtnisbeschwerte muß in diesem Falle zur Deckung der Pflichtteilslast den Wertbetrag hergeben, den er zur Entrichtung des Vermächtnisses hätte aufwenden müssen. In diesem Sinne wird der § 2321 auch vom BG. angewendet. Es erachtet die Erben für verpflichtet, die Pflichtteilslast in Höhe des vollen Wertes des Vermächtnisses nach der Zeit des Erbfalls unter Berücksichtigung der Zwischenzinsen und Zinseszinsen berechnet zu tragen, weil sie durch Ausschlagung des ihnen zugunsten ihrer Mutter auferlegten Nießbrauchvermächtnisses von diesem Vermächtnis befreit worden sind. Da dieser Wert den Betrag des Pflichtteils übersteigt, müßten sie also die Pflichtteilslast vollständig übernehmen, ohne daß die mit einem anderen Vermächtnis bedachte Klägerin zur Deckung der Pflichtteilslast mit herangezogen werden darf. Dementgegen vertritt die Revision den Standpunkt, daß als der von den Erben erlangte Vorteil nur der Unterschied zwischen dem Betrage des Pflichtteils und dem Werte des Nießbrauchsvermächtnisses angesehen werden könne. Die Revision geht davon aus, daß der Pflichtteilsanspruch erst nach Ausschlagung des Vermächtnisses geltend gemacht werden könne, daß danach die Ausschlagung den Erben sowohl Vorteil als Nachteil, nämlich den Vorteil der Befreiung von dem Vermächtnis und den Nachteil der Entstehung des Pflichtteilsanspruchs bringe, so daß als wirklicher Vorteil nur der Ueberschuß des Vermächtniswertes über den Pflichtteil zu rechnen sei. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Der Pflichtteil steht dem Pflichtteilsberechtigten schon vor der Ausschlagung des Vermächtnisses zu. Die Ausschlagung hat nur die Bedeutung, daß der Vermächtnisbeschwerte nunmehr nicht den vollen Betrag des Vermächtnisses an den Pflichtteilsberechtigten zu entrichten braucht, wie ihm sonst obgelegen hätte. Sein Vorteil besteht also in der vollen Höhe des Vermächtniswertes. Hieran ändert hier auch der Umstand nichts, daß die Vermächtnisbeschwerten zugleich die Erben und als solche mit der Entrichtung des Pflichtteils belastet sind. Dadurch, daß den Erben das Vermächtnis an ihre pflichtteilsberechtigte Mutter auferlegt ist, ist ihnen in Höhe des Wertes des Vermächtnisses die Pflichtteilslast zugewiesen und der anderen Vermächtnisnehmerin, der Beklagten, abgenommen. Es braucht deshalb nicht untersucht zu werden, ob nicht auch die Voraussetzungen des § 2320 gegeben sind und schon hiernach die Erben die Pflichtteilslast allein zu tragen haben, weil sie nach der Anordnung des Erblassers den Erbteil an Stelle ihrer auf den Pflichtteil gesetzten Mutter erhalten. (Urt. d. IV. ZS. vom 2. März 1914, IV 523/13).

3356 ———n.

V.

Unabwendbarer Zufall. Aus den Gründen: Die Frist zur Begründung der Revision des Klägers lief am 22. März 1914 ab. Am 7. März beantragte der Kläger Bewilligung des Armenrechts wegen der Gerichtskosten, die durch Beschluß vom 10. März erfolgte. Durch Versehen der Gerichtsschreiberei des Reichsgerichts wurde aber ein das Armenrecht versagender Beschluß statt des bewilligenden ausgefertigt und dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers zugestellt unter Benutzung des unrichtigen Vordrucks. Der Prozeßbevollmächtigte legte deshalb die Vertretung nieder, die Revision wurde innerhalb der Frist nicht begründet. Nach Ablauf der Frist erlangte der Kläger Kenntnis von dem Versehen. Sein Wiedereinsetzungsantrag (§ 233 ZPO.) ist gerechtfertigt. Die mit dem Versehen des Gerichtsschreibers zusammenhängenden Vorgänge liegen außerhalb des Einflußbereichs des Klägers. Sie bilden für ihn einen unabwendbaren Zufall. Dieser Zufall hat auch die Wahrung der Frist verhindert, er war für die Versäumung ursächlich. Der Kläger hatte zwar für den Rechtszug der Revision einen Prozeßbevollmächtigten; nachdem er aber durch die unrichtige Beschlußausfertigung in den Irrtum versetzt war, die Bewilligung des Armenrechts sei ab-

gelehnt, war ihm nicht zuzumuten, die nach seiner Meinung vom Reichsgerichte — wenn auch auf Grund bloß vorläufiger Prüfung — für aussichtslos erklärte Revision auf seine Kosten, d. h. mit der Folge seiner Verpflichtung zur Vorschußleistung nach § 554 Abs. 7 ZPO. zu begründen. (Urt. des III. ZS. vom 9. Juni 1914, III 90/14). —a—

3406

VI.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, unabwendbarer Zufall. Aus den Gründen: Unter dem „unabwendbaren Zufall" des § 233 ZPO. versteht die Rechtspr. des RG. „ein Ereignis, das unter den nach der Besonderheit des Falles zu berücksichtigenden Umständen auch durch die äußerste diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist". RG. 77, 159. Diese Sorgfalt muß die arme Partei bei Anträgen auf Bewilligung des Armenrechts zur Einlegung eines Rechtsmittels anwenden, um die Frist zu wahren; sie darf nicht das, was sie zur Wahrung der Frist zu tun hat, auf deren letzten Teil verschieben. JW. 1909, 417[11]. Ein unabwendbarer Zufall liegt vor, wenn die Verspätung durch Umstände herbeigeführt ist, die außerhalb des Einflußbereichs der Parteien liegen. Nicht aber, wenn die Versäumnis ausschließlich durch zu spätes Handeln der Partei oder ihres Vertreters herbeigeführt ist, namentlich wenn um das Armenrecht für die vorzunehmende befristete Prozeßhandlung so spät nachgesucht worden ist, daß das Gesuch nach dem regelmäßigen Geschäftsgange bei Gericht nicht mehr rechtzeitig erledigt werden konnte. Ja, es ist eine so frühzeitige Einreichung in der Rechtsprechung des Senats verlangt worden, daß auch Störungen und Verzögerungen des Geschäftsganges regelmäßig nicht schädlich wirken können (JW. 1901, 837). Die arme Partei muß die nötige Zeit haben zur Ueberlegung, ob das Rechtsmittel einzulegen sei, sie muß dann aber jede Zögerung vermeiden. Anderseits darf sie damit rechnen, daß das Gesuch mit der erforderlichen und durch den Geschäftsgang gestatteten Beschleunigung bearbeitet wird. Hätte danach das Gesuch noch rechtzeitig erledigt werden können, so ist für die Fristversäumnis die Verzögerung der Partei nicht mehr ursächlich. Ursache ist vielmehr ein Verhalten des Gerichts oder der Beamten, das dem Einfluß der Partei entzogen ist (vgl. RGZ. 21, 13; 48, 409). Hier ist die Einreichung am 22. August erfolgt, die Frist lief am 25. August ab. Was der Kläger zur Entschuldigung seiner Verzögerung vorbringt, hat das BG. mit Recht zur Begründung eines unabwendbaren Zufalls als unzureichend erachtet: die angebliche Gedächtnisschwäche, das Verreistsein des Klägers, die Uebergehung des vermittelnden Rechtsanwalts. Dafür, daß über das Gesuch erst am 25. August Beschluß gefaßt werden konnte, war das schuldhaft zögerliche Verhalten des Klägers allein ursächlich. Die Akten mußten eingefordert und geprüft werden. Selbst wenn die Anberaumung einer besonderen Sitzung auf den 24. August hätte in Frage kommen können, so liegt doch nichts dafür vor, daß bis dahin diese Prüfung hätte erledigt sein müssen. Allein es war doch ermöglicht, daß am 25. August, am letzten Tage der Frist, über das Gesuch beraten und beschlossen wurde. Das BG. sagt, der Beschluß sei in der Sitzung vom 25. August gefaßt worden, aber erst am 26. August zur Gerichtsschreiberei gelangt und noch an demselben Tage dem als Armenanwalt beigeordneten Rechtsanwalt P. zugestellt worden. Das Gesuch sei „also" vom Gerichte nicht ordnungswidrig behandelt worden. Für diesen letzten Ausspruch fehlt es an der gehörigen Begründung. Es wäre darzulegen gewesen, weshalb nicht — wenn dies nicht überhaupt geschehen ist — die Beratung der eiligen Sache an den Anfang der Sitzung gelegt werden, daß und weshalb nicht nach den geschäftlichen und örtlichen Verhältnissen Ausfertigung und Zustellung des Beschlusses und Einreichung der Berufungsschrift noch am 25. August bewerkstelligt werden konnten. Der IV. ZS. des RG. hat in IV 3/10 ausgeführt: „Wäre das Armenrechtsgesuch noch in dieser Sitzung vorgetragen worden, so hätte bei Bewilligung des Armenrechts dafür gesorgt werden können, daß noch an diesem Tage Berufung eingelegt wurde." Dies entspricht auch der eigenen Handhabung des Reichsgerichts. Standen im gegebenen Falle einer solchen Fürsorge nicht besonders darzulegende Verhältnisse entgegen, so war der Umstand, daß nicht auch das weiter Erforderliche rechtzeitig geschah, damit noch an diesem Tage die Berufungsschrift bei Gericht eingehen konnte, nachdem einmal am 25. August das Armenrecht bewilligt war, ein etwas, worauf der Kläger keinen Einfluß hatte. Es war für ihn ein unabwendbarer Zufall, der ihn verhinderte, die Notfrist einzuhalten. Ueber das Vorliegen solcher besonderer Verhältnisse wird sich das BG. schlüssig zu machen und auszusprechen haben. (Urt. des III. ZS. vom 15. Mai 1914, III 60/14). —a—

3407

B. Strafsachen.

Tateinheit oder -mehrheit bei gleichzeitigem Gebrauchmachen von mehreren gefälschten Urkunden? Liegt in der betrügerischen Bewirkung einer Gutschrift stets eine Vermögensbeschädigung i. S. des § 263 StGB.? Aus den Gründen: Verurteilt ist der Angeklagte wegen sechs Verbrechen der Privaturkundenfälschung in rechtlichem Zusammenhang mit drei Vergehen des vollendeten und einem Vergehen des versuchten Notbetrugs. Muß schon eine solche Annahme auffallen, so ergibt sich auch, daß der zum Tatbestand der Urkundenfälschung erforderliche Begriff des Gebrauchmachens verkannt ist. Die gleichzeitige Uebergabe mehrerer gefälschter Urkunden an die Person, die getäuscht werden soll, bildet wie die Hingabe einer derartigen Urkunde an dieselbe Person nur eine körperliche Handlung und, da das durch die Urkundenfälschung verletzte Rechtsgut kein solches ist, bei dem die Persönlichkeit des zu Täuschenden in Betracht kommt, kann die eine körperliche Handlung der Hingabe der Urkunde selbst dann nicht als mehrere selbständige Handlungen in sich begreifend angesehen werden, wenn der Uebergebende die Täuschung mehrerer Personen bezweckte, ohne die seine schließliche Absicht vielleicht nicht erreichbar schiene, und wenn die verschiedenen zusammen vorgelegten Urkunden anscheinend von verschiedenen Ausstellern herrühren (RG. 15, 290). Der Angeklagte hat nun von den von ihm fälschlich hergestellten sechs Versicherungsanträgen nicht nacheinander gegenüber dem Generalagenten Gebrauch gemacht, um ihn und andere mit der Sache befaßte Beamte der Versicherungsgesellschaft über ihre Echtheit zu täuschen, sondern in drei zeitlich getrennten Handlungen, wobei er das erste Mal einen, das zweite Mal zwei und das dritte Mal drei gefälschte Anträge vorlegte. In den beiden letzten Fällen übergab er die mehreren falschen Urkunden gleichzeitig und zu dem nämlichen Zweck, die Beamten der Versicherungsgesellschaft in den irrigen Glauben zu setzen, als sei es ihm gelungen, die vermeintlichen Aussteller der Urkunden zur Eingehung von Versicherungsverträgen zu bestimmen. Nach den entwickelten Grundsätzen hätte daher das LG. wie bei den jeweils in einer Handlung mit der Urkundenfälschung begangenen vollendeten und versuchten Betrugsvergehen der Bestrafung des Angeklagten auch wegen Urkundenfälschung nur drei Verbrechen zugrunde legen dürfen.

Soweit vollendeter Betrug angenommen worden ist, erblickt das Gericht die Vermögensbeschädigung



darin, daß dem Angeklagten in den Büchern die Provision gutgeschrieben wurde, die er zu fordern gehabt hätte, wenn die Versicherungsanträge wirklich auf seine Veranlassung von den angeblichen Ausstellern der Schriftstücke gestellt worden wären. Freilich ist in einem ähnlich gelagerten Falle — RG. in GoltdArch. Bd. 54 S. 414 — ausgesprochen worden, daß durch die Gutschrift der Provision des Agenten in den Handelsbüchern des Auftraggebers eine der Vermögensbeschädigung gleichzuachtende Vermögensgefährdung eintreten könne, da der unehrliche Agent dadurch ein Beweismittel erlangt habe, dessen er sich in einem Rechtsstreite zum Nachteil des Geschäftsinhabers bedienen könne, und da unter den damals festgestellten Umständen für den Agenten weiter die Möglichkeit erwachsen war, jederzeit einen seinem vermeintlichen Guthaben entsprechenden Geldbetrag bei dem Auftraggeber zu erheben. In letzterer Beziehung sind aber hier die Verhältnisse insofern anders gestaltet, als sich die Gesellschaft gegen solche Uebervorteilungen zum Voraus schon dadurch geschützt hat, daß sie dem Angeklagten in seinem Anstellungsvertrag Befriedigung seines Provisionsanspruchs nur nach Maßgabe der eingegangenen Prämienzahlungen durch die Versicherten in Aussicht stellt. Da in den Fällen, in denen der Angeklagte fälschlich angefertigte Versicherungsanträge vorgelegt hat, eine Prämienzahlung der gar nicht vorhandenen Versicherungsnehmer ausgeschlossen war, so konnte die Gesellschaft jederzeit dem Verlangen des Angeklagten gegenüber auf Auszahlung der Provision sich auf den Nichteintritt der Fälligkeit berufen. Die Gefahr, die sonst bei Gutschrift der Provision in den Büchern des Geschäftsherrn eintreten kann, bestand hier für die Gesellschaft nicht; eine Vermögensminderung wäre für sie nur in Frage gekommen, wenn sie dem unwahren Vorbringen des Angeklagten trauend die Provision ihm als Vorschuß ausbezahlt hätte. Dazu konnte sie aber durch den Vertrag nicht gezwungen werden, wenn sie es tat, hat sie auf ihre Vertragsrechte verzichtet. Für die Verurteilung wegen vollendeten Betrugs gebricht es somit an dem Nachweis einer Vermögensbeschädigung. (Urt. des I. StS. vom 26. Februar 1914, 1 D 1275/13).

3376 E.

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Voraussetzungen für die Aufstellung eines Abwesenheitspflegers. (§ 1911 BGB.). Das Anwesen der Ehegatten H. und W. K. in N. ist zugunsten einer Forderung des K. L. mit einer Hypothek belastet. Die Ehegatten K., die verschuldet sind, haben N. verlassen. Ihr Aufenthalt ist nicht bekannt. Um ihr Anwesen kümmern sie sich nicht. Der Hypothekgläubiger L. beantragte die Bestellung eines Abwesenheitspflegers für K., weil er die Zwangsvollstreckung in das Anwesen beabsichtige. Das Amtsgericht lehnte ab; die Beschwerde wurde zurückgewiesen. Auch die weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Die Vermögensangelegenheiten der Ehegatten K. bedürfen der Fürsorge nicht. Ein Schutzbedürfnis für einen Abwesenden besteht nur, wenn der Abwesende an der Besorgung seiner Angelegenheiten verhindert ist. Ein solches Hemmnis liegt nicht vor. Die Ehegatten K. haben von allem Kenntnis, was ihre Fürsorge erheischt, und können entweder selbst Anordnungen treffen oder einen anderen damit betrauen. § 1911 BGB. bezweckt die Förderung der Interessen des Abwesenden. Wenn der Abwesende aber unter dem Drucke seiner Schulden sein Vermögen im Stiche gelassen und nichts zu dessen Schutze gegen die voraussehbaren Gefahren vorgekehrt hat, so hat er damit zu erkennen gegeben, daß ihm an der Regelung seiner Vermögensangelegenheiten nichts liegt. Es besteht kein Grund, ihm eine Fürsorge aufzudrängen, die er selbst für unnötig hält. Daß der Abwesende sich um seine Angelegenheiten nicht kümmern will, rechtfertigt die Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft nicht; diese ist nur zulässig, wenn er sich um sie nicht kümmern kann. (Beschl. des I. ZS. vom 19. Juni 1914, Reg. III Nr. 55/1914). M.

3413

II.

Zur Auslegung des § 40 GBO. Beim Ableben der Fr. U. ging deren Grundbesitz auf ihre 4 Kinder H., Fr., H. U. und L. Fr. zu gleichen Anteilen über. Der Besitzübergang wurde 1888 im Hypothekenbuch eingeschrieben; die Größe der Anteile wurde nicht angegeben. Der Anteil der L. Fr. ging später durch Kauf und jener des Fr. U. durch Schenkung auf H. U. über; bei der Umschreibung auf H. U. wurde gleichfalls das Anteilsverhältnis nicht bezeichnet. Am 6. Mai 1914 erließ das LG. Tr. auf Antrag des H. U. eine einstweilige Verfügung, durch die zur Sicherung des dem Antragsteller gegen H. U. zustehenden Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek ohne Brief zu 6300 *M* an dem ³/₄ Anteil der H. U. die Eintragung einer Vormerkung angeordnet wurde. Das GBA. trug die Vormerkung ein und vermerkte in der 3. Abteilung des Grundbuchblattes, daß die Vormerkung auf dem ³/₄ Anteile der H. U. eingetragen werde. Die Beschwerde und weitere Beschwerde der H. U. wurden zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Allerdings soll nach § 40 Abs. 1 GBO. eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige als der Berechtigte eingetragen ist, dessen Recht durch sie betroffen wird; auch genügt eine unvollständige oder nicht zweifelsfreie Eintragung nicht der Vorschrift des § 40 GBO. Allein hier sind die Eigentumsverhältnisse im Grundbuch nicht ungenügend bezeichnet und bedürfen nicht der Berichtigung. Es handelt sich hier um Eigentum, das noch unter dem früheren Recht erworben und eingetragen wurde. Nach dem Bay. LR. konnte das Eigentum an einer Sache auch mehreren „pro indiviso“ zustehen; wenn über die Anteile im Hypothekenbuch nichts vermerkt war, so verstand es sich von selbst, daß jeder Mitbesitzer zu gleichen Anteilen mitberechtigt sei (vgl. HypG. § 136 Ziff. 1 und Instruktion dazu § 201 Ziff. 2). Ueberwiegend nahm man an, daß auch ideelle Teile einer Liegenschaft Gegenstand einer selbständigen Hypothek sein können und man erachtete es in diesem Falle für genügend, wenn auf dem für die ganze Sache bestehenden Folium ein die Anteilsverpfändung anzeigender Beisatz gemacht wurde. Ob ein unter der Geltung des früheren Rechts begründetes Eigentum vorliegt, ergibt sich aus dem Datum der Eintragung und dem im Grundbuch gleichfalls angegebenen Erwerbsgrund. Da im Falle des Miteigentums die Größe der einzelnen Anteile bei Gleichheit im Hypothekenbuch nicht eingetragen wurde, sind bei der Anlegung des Grundbuchs diese Anteile zumeist auch ohne Bezeichnung nach Bruchteilen in das Grundbuch übertragen worden. Aber auch ohne diese Bezeichnung kann kein Zweifel bestehen, daß solche nach dem früheren Rechte erworbene und eingetragene Miteigentumsrechte Berechtigungen zu gleichen Anteilen sind. Es ergibt sich unmittelbar aus den früheren Rechtsgrundsätzen, ohne daß auf die Rechtsvermutung des § 742 BGB. zurückgegriffen werden müßte. Insbesondere kann bei einem nach Bay. LR. auf Grund Testaments erbweise erworbenen Miteigentum kein Zweifel darüber bestehen, daß alle Erben zu gleichen Anteilen berechtigt sind, wenn nichts Besonderes bestimmt ist (LR. T. III Kap. 3 § 9 Nr. 6).

Auch § 48 GBO. bildet kein Hindernis. Schon der Wortlaut ergibt, daß hier nur Eintragungen nach dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts in Betracht

kommen. Wenn es auch um der Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit des Grundbuchs willen wünschenswert ist, daß bei Gelegenheit die Form des Eintrags des Miteigentums dem § 48 angepaßt werde, so ist dies doch für die Eintragung einer Belastung nach Inkrafttreten des Grundbuchrechts nicht unbedingte Voraussetzung; denn daß die Größe des zu belastenden Anteils im Grundbuch angegeben sei, ist kein sachliches Erfordernis, sondern nur eine Ordnungsvorschrift für den Vollzug, die nicht zutrifft, wenn das Miteigentum schon eingetragen wurde, bevor das Grundbuch angelegt war. Wollte man im Hinblick auf §§ 40, 48 GBO. gleichwohl fordern, daß auch bei dem unter dem früheren Recht begründeten und eingetragenen Miteigentum der Eintragung der Belastung eine Berichtigung des Grundbuchs durch Einschreibung der Größe der Anteilsberechtigung vorausgehen müsse, so würde das den Grundbuchverkehr erheblich und grundlos erschweren. Eine Fülle von Berichtigungen wäre notwendig, um die frühere Art der Eintragungen den neuen Bestimmungen anzupassen. Die Berichtigung könnte nicht nur auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit des Eintrags erfolgen, sondern es müßte die Zustimmung des nicht oder nicht richtig eingetragenen Miteigentümers nachgewiesen werden, da es sich um die Eintragung eines Eigentümers handelt (§ 22 Abs. 2 GBO.). Wenn mehrere Miteigentümer ohne Angabe des Teilungsverhältnisses eingetragen sind, haben nach dem jetzigen Grundbuchrechte sämtliche Miteigentümer in der Form des § 29 GBO. ihre Zustimmung zur Eintragung des Teilungsverhältnisses zu erklären. Sollte einer nicht zustimmen, so wäre erst Klage nach § 894 BGB. zu erheben. Das würde z. B. bei dem grundbuchamtlichen Vollzug einer einstweiligen Verfügung den Zweck der Maßregel geradezu vereiteln, obwohl kein Zweifel darüber bestehen kann, in welchem Sinne der bestehende Miteigentümereintrag aufzufassen ist. Daher kann an der Entscheidung des FerZS. vom 9. August 1909 (Sammlg. Bd. 10 S. 355) wenigstens in einem Falle wie dem gegenwärtigen, nicht festgehalten, es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß keine Berichtigung des Grundbuchs durch Einschreibung des Teilungsverhältnisses erforderlich ist, wenn nach dem bisherigen Recht über die Größe des Anteils kein Zweifel besteht. (Beschl. d. I. ZS. v. 13. Juni 1914, Reg. III Nr. 52/1914).

3411 M.

III.

Wiederaufhebung von Maßregeln nach § 1666 BGB. M. Sch. kam schon früh zu ihren Großeltern, da ihre Mutter bald nach ihrer Geburt starb. 1899 stellte ihr Großvater den Antrag, dem Vater Joh. Sch. die Sorge für die Person und das Vermögen zu entziehen. Joh. Sch. erklärte sich einverstanden, das Vormundschaftsgericht stellte einen Pfleger für die Person und das Vermögen auf. Der Vater hatte sich 1907 wieder verheiratet und sich um die Tochter nie gekümmert; sie war ausschließlich von ihren Großeltern unterhalten worden. Da ihr Unterhalt der Großmutter nach dem Ableben ihres Mannes schwer fiel, erhob der Pfleger gegen den Vater Klage auf Unterhalt. Nun beantragte Joh. Sch. beim Vormundschaftsgericht den Beschluß wieder aufzuheben, durch den ihm die Sorge für die Person und das Vermögen entzogen worden war. Das AG. wies den Antrag zurück, auf Beschwerde hob das LG. den Beschluß des AG. auf und verwies die Sache zurück. Die weitere Beschwerde des Pflegers wurde verworfen.

Aus den Gründen: Das LG. stellt dahin, ob Tatsachen nachgewiesen sind, die die Entziehung des Fürsorgerechts nach § 1666 BGB. rechtfertigen. Dabei übersieht es, daß dem Joh. Sch. das Recht der Sorge für die Person und das Vermögen entzogen, daß also festzustellen ist, ob die Wiederaufhebung dieser Maßregel nach § 1671 BGB. gerechtfertigt ist. Dieser Unterschied ist nicht nur formal. Denn für die Frage, ob eine Maßregel nach § 1666 wiederaufzuheben ist, ist nur das Interesse des Kindes maßgebend. Daß die Voraussetzungen des § 1666 in dem Zeitpunkte nicht mehr vorliegen, in dem über die Aufhebung zu entscheiden ist, reicht nicht aus. Wenn die Voraussetzungen des § 1666 später weggefallen, wird freilich in der Regel ohne weiteres angenommen werden dürfen, daß auch der Wegfall der Maßregel nach § 1666 im Interesse des Kindes liegt. Immer trifft das aber nicht zu. Im Ergebnis ist jedoch dem LG. beizustimmen.

Der Vater hat vorgebracht, daß gegen seinen Lebenswandel nichts einzuwenden sei; er könne zwar nicht für seine Tochter Unterhaltsbeiträge zahlen, wohl aber sie in seiner Familie verpflegen und erziehen; mit seinem verstorbenen Schwiegervater sei er einig gewesen; dieser habe seine Tochter freiwillig zu sich genommen und nie eine Bezahlung verlangt; von einer Vernachlässigung könne also keine Rede sein; er habe auch mit seiner Tochter im besten Einvernehmen gelebt und zu einem regeren persönlichen Verkehr sei es nur deshalb nicht gekommen, weil er viel im Ausland gelebt habe. Diese Tatsachen können von Einfluß sein für die Frage, ob die Maßregel aufgehoben werden kann. Denn wenn die Behauptungen richtig sind, könnte u. U. die allerdings wegen der langen Vernachlässigung seiner Tochter gegen den Antragsteller sprechende Vermutung entkräftet werden. Das AG. mußte also die maßgebenden Tatsachen, insbesondere die gegenwärtigen persönlichen und Vermögensverhältnisse des Antragstellers und der Großmutter nach § 12 FGG. von Amts wegen erheben, und zwar um so mehr, als dem Vater die Sorge für die Person im Jahre 1899 anscheinend ohne Prüfung der Voraussetzungen des § 1666 entzogen worden ist. Der Vermögensverfall des Vaters in Verbindung mit der Unmöglichkeit, dem Kinde Unterhalt zu geben, genügte wohl damals dem Vormundschaftsgerichte, dem Vater nach § 1666 Abs. 2 die gesamte Sorge zu entziehen, zumal er sein Einverständnis erklärt hatte. Es darf ihm geglaubt werden, daß er sich der Tragweite seiner damaligen Erklärung nicht ganz bewußt war. (Beschl. des I. ZS. vom 22. Mai 1914, Reg. III Nr. 47/1914).

3401 M.

IV.

Zur Auslegung der §§ 57 Nr. 6, 59 FGG., § 1837 BGB. Der wegen Geistesschwäche entmündigte J. St. stellte an das Vormundschaftsgericht den Antrag, seinen Vormund anzuweisen, nach § 679 ZPO. Klage zu stellen oder den Vormund zu entlassen. Zur Begründung brachte er vor, der Vormund sei ihm feindlich gesinnt usw. Das Vormundschaftsgericht wies den Antrag ab; das Landgericht verwarf die Beschwerde. Auf die weitere Beschwerde wurde der Beschluß des LG. aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Nach § 20 Abs. II FGG. steht die Beschwerde nur dem Antragsteller zu, soweit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist. Diese Bestimmung setzt voraus, daß der Antrag von einem Antragsberechtigten gestellt worden ist. Das LG. nimmt auf Grund des § 57 Nr. 6 FGG. an, die Entlassung eines Vormunds könne nur auf Antrag verfügt werden. Das ist irrig. § 57 Nr. 6 bestimmt nur, daß dem Antragsteller das Beschwerderecht zusteht, wenn der Gegenvormund oder Beistand einen der dort aufgeführten Anträge, insbesondere den auf Entlassung des Vormunds, gestellt hat und der Antrag zurückgewiesen worden ist. Diese Bestimmung war notwendig, weil dem Gegenvormund und dem Beistand in den in § 57 Nr. 6 aufgeführten Fällen, da sie — abgesehen von dem nach § 1693 BGB. bestellten Beistande — nicht zur Vertretung des Mündels berechtigt sind, nach der allgemeinen Bestimmung des § 20 Abs. I ein Beschwerderecht überhaupt nicht und nach § 57 Nr. 9 daselbst ein solches jedenfalls nicht gegen Verfügungen zustehen

würde, die die Sorge für das Vermögen des Mündels betreffen. Daß aber die in § 57 FGG. aufgeführten Verfügungen nur auf Antrag oder gar nur auf Antrag des Gegenvormundes oder des Beistandes erlassen werden können, ist nirgends bestimmt. Daß insbesondere die Entlassung eines Vormunds nicht von einem Antrag abhängig sein kann, ergibt sich unzweideutig aus § 1886 BGB., wonach das Vormundschaftsgericht den Vormund zu entlassen hat, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Hier hat also das Vormundschaftsgericht von Amts wegen gegen einen ungeeigneten Vormund vorzugehen, sein Einschreiten kann nicht von einem Antrag, insbesondere nicht von dem Antrag des Gegenvormundes abhängig sein, den das Vormundschaftsgericht in den meisten Fällen erst aufstellen müßte. Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts kann selbstverständlich auch durch einen Antrag oder eine Anregung des Mündels in die Wege geleitet werden und wenn einer solchen Anregung keine Folge gegeben wird, steht dem nicht geschäftsunfähigen über 14 Jahre alten Mündel nach §§ 20 und 59 FGG. das selbständige Beschwerderecht zu, soferne es sich um eine seine Person betreffende Angelegenheit handelt. Hier handelt es sich um eine Angelegenheit dieser Art. Der Mündel beschwert sich zwar auch über die Vermögensverwaltung, hauptsächlich erachtet er sich aber dadurch beschwert, daß der Vormund mit ihm verfeindet sei und sich infolgedessen weigere, die Wiederaufhebung der Entmündigung zu betreiben. Wäre das richtig, so müßte durch das Verhalten des Vormunds auch die Sorge für die Person des Mündels beeinflußt werden und es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß die Voraussetzung des § 59 Abs. 1 FGG. gegeben ist. Dem Mündel kann daher, da er nach §§ 104 ff. BGB. nicht geschäftsunfähig ist, das Recht der Beschwerde und folglich auch das der weiteren Beschwerde nicht abgesprochen werden (§ 63 FGG.). Das gleiche gilt von dem weiteren Antrag, den Vormund, sofern er nicht entlassen werden sollte, anzuweisen, die Wiederaufhebung der Entmündigung zu betreiben. Hier steht das LG. auf dem Standpunkt, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormund, der die Vormundschaft selbständig zu führen habe, keine solche Anweisung geben könne. Diese Anschauung ist irrig. Wären tatsächlich die Voraussetzungen der Entmündigung weggefallen, so würde der Vormund pflichtwidrig handeln, wenn er sich weigern würde, ihre Wiederaufhebung zu betreiben. Gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormunds hat aber das Vormundschaftsgericht nach § 1837 BGB. durch Gebote und Verbote einzuschreiten und es kann den Vormund zur Befolgung seiner Anordnungen durch Ordnungsstrafen anhalten, vor allem aber hat es das Recht und die Pflicht, nach § 1886 BGB. u. U. den Vormund zu entlassen. Es ist also nicht richtig, daß das Vormundschaftsgericht den Vormund nicht zur Klagestellung nach § 679 ZPO. veranlassen könne. Alle diese Maßregeln kann auch der Mündel anregen und wenn einer solchen Anwendung keine Folge gegeben wird, so steht dem Mündel das Recht der Beschwerde unter den gleichen Voraussetzungen zu, wie sie oben erörtert sind. (Beschl. des I. ZS. vom 15. Mai 1914, Reg. III Nr. 45/1914).

3383 M.

V.

Inwieweit hat der Registerrichter das ordnungsmäßige Zustandekommen des Generalversammlungsbeschlusses einer Genossenschaft zu prüfen? Darf er einen satzungswidrig zustande gekommenen Beschluß eintragen? (§§ 16, 51 GenG.). Aus den Gründen: Es kann dahingestellt bleiben, ob das Registergericht grundsätzlich das ordnungsgemäße Zustandekommen des Beschlusses zu prüfen hat. Jedenfalls ist daran festzuhalten, daß der Beschluß beanstandet werden muß, wenn sich aus der Anmeldung ergibt, daß bei der Beschlußfassung gegen Gesetz oder Satzung verstoßen worden ist. (Vgl. Parisius-Crüger, 3. Aufl. Anm. 6 Abs. 2 zu § 16). Unrichtig ist die Meinung, daß das vom Vorstand eingereichte Protokoll nicht berücksichtigt werden dürfe, weil der Vorstand zur Vorlegung nicht verpflichtet sei, der Registerrichter also nur zufällig und persönlich, aber nicht amtlich Kenntnis davon bekommen habe. Der Richter wird mit allem amtlich befaßt, was ihm vorgetragen wird, er darf und muß sich daran halten, auch wenn es zum Nachteile des Gesuchstellers ist. Der Vorstand hat durch die Einreichung des Protokolls eingeräumt, daß bei der Beschlußfassung die Satzungen nicht beobachtet worden sind.

Die Eintragung des Beschlusses ist auch mit Recht abgelehnt worden. Es braucht nicht untersucht zu werden, ob ein nicht mit der erforderlichen Mehrheit gefaßter Beschluß der Generalversammlung ohne weiteres eingetragen werden muß, wenn nach der Satzung deren Aenderung durch Mehrheitsbeschluß zulässig ist, oder ob er überhaupt nicht oder erst dann eingetragen werden darf, wenn feststeht, daß innerhalb der im § 51 GenG. bestimmten Anfechtungsfrist keine Anfechtung erfolgt ist. Denn hier ist nach der Satzung zu der Aenderung ein einstimmiger Beschluß notwendig. Daß eine solche Festsetzung zulässig ist, ist in dem Beschlusse des RG. vom 22. April 1911 (RGZ. 76, 171) dargelegt. Ist aber die Bestimmung der Satzung zulässig, daß eine Vorschrift nur mit Zustimmung aller Genossen geändert werden kann, so erlangt dadurch der einzelne Genosse ein unentziehbares Recht darauf, daß die Generalversammlung nicht gegen seinen Willen die Aenderung beschließt. Kann die Satzung durch einen Mehrheitsbeschluß geändert werden, so muß jeder Genosse damit rechnen, daß die Mehrheit zustande kommt; er muß also die Generalversammlung besuchen, wenn er sich nicht im vornherein unterwerfen will. Kann aber die Satzung nur geändert werden, wenn alle Genossen anwesend sind und einhellig zustimmen, so darf jeder damit rechnen, daß er schon durch Nichterscheinen einen ihm nicht genehmen Beschluß vereitelt. In diesem Fall ist eine Generalversammlung gar nicht zuständig, in der nicht alle Genossen anwesend sind, und ein ohne die Zustimmung aller Genossen gefaßter Beschluß ist nichtig. Das Registergericht darf ihm nicht durch Eintragung nach § 16 Abs. 4 GenG. rechtliche Wirkung verleihen. Gleichgültig ist, ob der nicht erschienene Genosse, der bei ordnungsgemäßer Berufung der Versammlung und gehöriger Ankündigung des Gegenstands kein Recht zur Anfechtung des satzungswidrigen Beschlusses nach § 51 GenG. hat, durch eine Feststellungsklage gegen die Genossenschaft einen Ausspruch über die Nichtigkeit des Beschlusses herbeiführen kann.

Wertlos ist auch der Einwand, daß nach dem § 16 mit § 11 GenG. bei der Anmeldung des Beschlusses über Aenderung der Satzung nur zwei Abschriften vorgelegt werden müssen; das GenG. schreibe nicht vor, daß das Protokoll vorzulegen sei; hieraus folge, daß es für das Registergericht nicht darauf ankomme, ob ein Beschluß mit der erforderlichen Stimmenzahl gefaßt worden sei. Allein daraus, daß das GenG. nur verlangt, daß zwei Abschriften des Beschlusses vorzulegen sind, darf nicht geschlossen werden, das Gericht könne nicht das Protokoll selbst verlangen. Wenn die Satzung Stimmeneinhelligkeit verlangt, hat der Richter zu prüfen, ob der Beschluß von allen Genossen gefaßt worden ist, er muß nach § 12 FGG. Ermittelungen über das Zustandekommen des Beschlusses anstellen und eine zulässige Art der Ermittelung ist das Verlangen nach Vorlegung des Protokolls (vgl. OLGRspr. 28, 354). (Beschl. des I. ZS. vom 22. Mai 1914, Reg. III Nr. 38/1914). M.

3400



B. Strafsachen.

I.

Verhältnis des § 153 GewO. (Streikparagraph) zu dem eine härtere Strafe androhenden allgemeinen Strafgesetze.[1]) Aus den Gründen: Eine wiederholte Prüfung der Frage, welcher Einfluß der Strafvorschrift des § 153 GewO. in bezug auf die allgemeinen Strafgesetze, insbesondere die §§ 185, 223, 240, 241 StGB. zukommt, hat den Senat dazu geführt, teilweise von der in seinem Urteil vom 21. Januar 1911 (s. diese Zeitschrift 1911 S. 246) ausgesprochenen Ansicht abzugehen und sich enger an die Rechtsprechung des RG. (s. insbes. RGSt. 38, 383; 44, 1 ff., 46, 214 ff.) und des Kammergerichts (GoltdArch. 59 S. 167) anzuschließen. Die jetzt herrschende Lehre, daß § 153 GewO. vermöge seines Schlußsatzes zu diesen Strafnormen im Verhältnis der „Subsidiarität" steht, war in der bayerischen Rechtsprechung schon früher anerkannt (Samml. Bd. 7 S. 294); die Folgerung aber, daß das nur „subsidiäre" Geltung beanspruchende Gesetz bei der Anwendung des „primären" Gesetzes ganz ausscheidet, hatte jene Rechtsprechung bisher nicht gezogen. Die Schlußworte des § 153 GewO. ergeben nun zwar, daß gegenüber dieser Strafnorm als ausschließendes Gesetz nie ein solches in Frage kommen kann, das nur Geldstrafe androht (so auch v. Landmann, 6. Aufl., Schluß der Anm. 4 zu § 153); nicht dasselbe gilt aber von einem Strafgesetze, das neben Geldstrafe und Haft auch Gefängnisstrafe, und zwar von längerer Dauer als drei Monaten androht; und dies ist bei dem § 185 und, von der Haft abgesehen, auch bei den §§ 240, 241, 223 StGB. der Fall. Aus § 153 GewO. ist keine Einengung des Strafrahmens dieser allgemeinen Gesetze, insbesondere nicht in dem Sinne zu entnehmen, daß wegen des besondern, in § 153 genannten Beweggrundes und der besondern Absicht des Täters bei dem sog. Streikvergehen auch auf Grund der angeführten Bestimmungen des StGB. nur auf Gefängnis erkannt werden dürfte. Die hier früher geltend gemachte Wechselbeziehung kann bei dem Verhältnis eines bloß subsidiären Gesetzes zum primären nicht aufrecht erhalten werden. Aus der Entstehungsgeschichte des § 153 ist ebenfalls kein unbedingt schlüssiger Behelf für die Zulässigkeit jener Einengung zu entnehmen. (Wird ausgeführt). Die Urheber und Berater des Entwurfes zur GewO. haben von dem jetzigen § 153 nur eine Ergänzung, nicht eine Verschärfung der allgemeinen Strafgesetze ihrer Zeit erwartet. Die späteren Versuche einer Verschärfung des § 153 sind mißlungen. Die Fassung des Vorbehalts in den Schlußworten „sofern nach dem allgemeinen Strafgesetze nicht eine härtere Strafe eintritt" beweist für die strengere Ansicht zu wenig. Sie sagt dasselbe, wie die anderwärts die Aushilfsnormen kennzeichnenden Wendungen „sofern nicht . . . eine höhere, — eine schwerere Strafe verwirkt ist, festgesetzt, angedroht ist". Ueberall handelt es sich hier um die sogenannte Strafdrohung in thesi, nicht um den Eintritt einer höhern Strafe im Einzelfalle. Wie bedenklich das Abstellen auf den Einzelfall, die Strafbemessung „nach Lage der Sache" auf Grund eines subsidiären Gesetzes werden kann, ergibt eine Nachprüfung der älteren Entscheidungen des ObLG. vom 13. April 1907 (Samml. Bd. 7 S. 296 oben), der auch die Entscheidung vom 21. Januar 1911 insoweit keineswegs gefolgt ist.

Die Unstimmigkeit, daß bei dem gleichen Tatbestand einer Beleidigung, wenn Strafantrag gestellt ist, eine Geldstrafe, im gegenteiligen Falle nur eine Gefängnisstrafe ausgesprochen werden kann, ist in der Mehrzahl der Fälle vom Tatrichter durch eine allseitige Würdigung der Strafzumessungsgründe zu vermeiden; denn der Umstand, daß eine Nötigung, eine Drohung, eine Beleidigung oder Körperverletzung im Lohnkampfe und unter Mißbrauch der für diesen in § 152 GewO. gewährten Freiheit begangen wurde, muß regelmäßig im Rahmen der für jene Vergehen angedrohten Strafen erhöhend wirken und wird den Richter häufig zur Wahl einer Freiheitsstrafe bestimmen. Ist andererseits die Verfehlung gegen die Willensfreiheit oder gegen die Ehre eines Arbeitswilligen u. dgl. so gering, daß dem Tatrichter eine Gefängnisstrafe als zu streng erscheint, so ist die Freiheit des Strafausmaßes im Rahmen des allgemeinen Strafgesetzes zu billigen. Daß die Aushilfsstrafe des § 153 GewO. anwendbar bleibt, wenn ein an sich im StGB. schärfer bedrohtes Antragsvergehen wegen des im Einzelfalle mangelnden oder unwirksamen Strafantrages nicht verfolgt werden kann, ist eine aus dem Wesen der Antragsdelikte folgende Begrenzung der hier erörterten Subsidiarität. Die von dem ObLG. bisher vertretene strengere Ansicht, die bereits einem Urteil des OLG. Jena (GewArch. Bd. 8 S. 674) zugrunde lag, ist seither nur von v. Rohrscheidt (GewO. 2. Aufl. Bd. II S. 499 Anm. 10 a. E.) durch Wiedergabe der wichtigeren Entscheidungsgründe des Urteils vom 21. Januar 1911 gebilligt worden; von anderen Bearbeitern der GewO., insbesondere von v. Landmann (6. Aufl., Bd. II S. 840) und von Lindenberg (Anm. 1 zu § 153), wird zum mindesten die hier erörterte Folgerung nicht gezogen. Sie kann nicht mehr aufrecht erhalten werden. (Urt. v. 28. März 1914, Rev.-Reg. 144/44). Ed.

3385

II.

Hängt die Anwendung des § 208 StPO. von der Erhebung der öffentlichen Klage ab? Der StA. legte der Strafkammer eine Gendarmerieanzeige vor „mit dem Antrage auf Einstellung des Verfahrens nach § 208 StPO. unter Verbindung dieser Sache mit den schon angeklagten Sachen, wegen deren Hauptverhandlungstermin ansteht". Die StK. machte die Verbescheidung des Antrags von der Einreichung einer Anklageschrift abhängig. Die Beschwerde des StA. wurde verworfen.

Aus den Gründen: Die StK. wird durch Einreichung der Anklageschrift mit der Strafsache befaßt; es kann daher eine Strafsache, hinsichtlich deren nur eine Anzeige vorliegt, nicht mit Strafsachen verbunden werden, bezüglich deren das Hauptverfahren eröffnet ist. Nach §§ 152, 153, 177, 196 mit 198 StPO. bildet der Antrag oder die Anklageschrift die Grundlage der Untersuchung und der Entscheidung; von dieser Verpflichtung wird der StA. durch § 208 StPO. nicht entbunden, weil nur „aus Nützlichkeitsrücksichten das erkennende Gericht nicht neben der Hauptsache mit anderen Strafsachen befaßt werden soll, welche für das Strafmaß unwesentlich sind" (Hahn, Mat. zur StPO. Bd. 1 S. 172 und 817/818). § 208 StPO. ist für das Gericht nicht zwingend; es hat auf Grund der Anklage und der Akten zu prüfen und zu entscheiden, es kann den Antrag ablehnen, insbesondere auch einen strafbaren Tatbestand verneinen; daraus allein ergibt sich schon, daß eine Anklageschrift eingereicht werden muß. In dem Entwurfe des § 172 (nun § 208 StPO.) war nur von „Voruntersuchung" die Rede; erst in der Kommission wurde an Stelle „Voruntersuchung" die Bezeichnung „Vorverfahren" gesetzt, um dem § 208 auch die Fälle zugänglich zu machen, in denen keine Voruntersuchung stattgefunden hatte. Erfordert die Einleitung einer Voruntersuchung die Erhebung der Klage, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch in den übrigen Fällen zur Anwendung des § 208 die öffentliche Klage die Voraussetzung sein soll. Die entgegenstehende Entscheidung des OLG. München (dessen Slg. in StS. Bd. 8 S. 466) geht von der irrigen Anschauung aus, daß schon beim Vorhandensein des im 2. Abschn. des 2. Buches der StPO. behandelten vorbereitenden Verfahrens die Anwendung des § 208 gegeben sei; es wurde dabei nämlich übersehen, daß der § 208 mit den Worten beginnt: „betraf das Vorverfahren mehrere derselben Person zur

[1]) Siehe diese Zeitschrift 1911 S. 246.

Last gelegte strafbare Handlungen". Hiernach muß ein abgeschlossenes Vorverfahren vorhanden sein, das Vorverfahren wird aber nur durch die öffentliche Klage abgeschlossen, falls eine strafbare Handlung vorliegt. (Beschl. vom 5. Mai 1914, Beschw.-Reg. Nr. 374/1914).
3409 Ed.

III.

Der Schlachthauszwang darf auf die Schlachtung von Schweinen für den eigenen Hausbedarf ausgedehnt werden. Der Stadtmagistrat L. hat auf Grund des § 23 Abs. 2 GewO., der Art. 3, 74 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 145 Ziff. 2 PStG., des § 20 Abs. 1 und 2 und § 24 FleischBG., sowie der Art. 40 und 41 GemO. ortsp. Vorschriften über die Schlachtungen, den Verkehr mit Fleisch und die Trichinenschau erlassen, wornach auch Privatpersonen verpflichtet sind, die ausschließlich für den eigenen Haushalt berechneten Schlachtungen von Schweinen nur im städtischen Schlachthofe vorzunehmen, die Schweine — mit Ausnahme der Ferkel bis zu 15 Pfund — der Trichinenschau dortselbst zu unterziehen. Der Angeklagte schlachtete ein Schwein zu Hause; er wurde auf Grund des Art. 74 Ziff. 1 PStGB. bestraft. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Das FleischBG. regelt die Schlachtvieh- und Fleischbeschau nicht erschöpfend. Es stellt vielmehr nur als Mindestmaß die Vorschriften auf, die im ganzen Reiche einzuhalten sind. § 24 gestattet den Landesregierungen weitere strengere Vorschriften zu erlassen. Nach § 24 sind u. a. landesrechtliche Vorschriften über die Trichinenschau zulässig, jedoch darf ihre Anwendbarkeit nicht von der Herkunft des Schlachtviehs oder des Fleisches abhängig gemacht werden. Infolge dieser Vorschrift blieben die vor dem Inkrafttreten des RG. erlassenen landesrechtlichen Vorschriften über die Trichinenschau in Kraft. In Bayern bildete Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 PStGB. die Grundlage für die Regelung der Trichinenschau. Die wirksame Fleischbeschau als eine Maßregel der öffentlichen Gesundheitspflege wurde für eine der wichtigsten Aufgaben der Polizeibehörden erachtet. Aus dem Wortlaute, der Entstehungsgeschichte und dem Zwecke des Art. 131 PStGB. v. J. 1861 und des nunmehrigen Art. 74 Abs. 1 PStGB. muß für den in Bayern bis zur Einführung des FleischBG. geltenden Rechtszustand gefolgert werden, daß unter Vorschriften „über Beschau" i. S. des Art. 74 PStGB. nicht nur Bestimmungen zu verstehen waren, die die Verpflichtung ausgesprochen haben, das zu schlachtende oder geschlachtete Vieh der Beschau zu unterstellen, sondern alle Vorschriften zur Durchführung der Beschau und insbesondere zu ihrer Sicherung. Nirgends ist die Absicht ausgedrückt, die Polizeibehörden in der Anordnung der Beschau dergestalt zu beschränken, daß sie nur für gewerbliche Schlachtungen eingeführt werden dürfte. Die Polizeibehörde ist daher befugt, die Beschaupflicht auch auf Vieh auszudehnen, das nur für den eigenen Haushalt geschlachtet wird.

Der Umstand, daß das FleischBG. in § 2 Abs. 1 die sog. Hausschlachtungen begünstigt, hat zu dem Bedenken Anlaß gegeben, ob nicht durch das RG. das Ermessen bei Polizeiverordnungen, durch die die Beschau auf die Hausschlachtungen ausgedehnt oder ihre Durchführung geregelt wird, in dem Sinne beschränkt wurde, daß die Verordnungen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen. Eine durchschlagende Bedeutung kann ihnen nicht zuerkannt werden. Nur Zweckmäßigkeitsgründe führten dazu, die Hausschlachtungen innerhalb bestimmter Grenzen vom Beschauzwang zu befreien und die Regelung der Trichinenschau dem Landesrechte zu überlassen. Von einer Beschränkung der Landesgesetze war aber nirgends die Rede, vielmehr bildete die unangefochtene Grundlage bei den Beratungen des Reichstags der in der allgemeinen Begr. des Entw. wie in der Begr. zu § 23 des Entw. aufgestellte Satz, „daß das Gesetz im allgemeinen nur die Mindestforderungen festsetzen solle, während den Regierungen der einzelnen Bundesstaaten tunlichst die Möglichkeit gewahrt bleiben sollte, soweit es nach den Verhältnissen des Bundesstaates oder an einzelnen Orten angemessen und zweckmäßig erscheint, noch strengere, erhöhten gesundheitlichen Schutz bietende Vorschriften zu erlassen". Bei der Fassung des § 24 (Entw. § 23) wurde besonders Bedacht darauf genommen, daß die Regelung der Trichinenschau auch durch Polizeiverordnungen zulässig blieb, weil sonst die bisher erlassenen Verordnungen hinfällig würden. Die Anschauung, daß das Verordnungsrecht der Landesbehörden durch das RG. weiter beschränkt werden sollte, als in dem § 24 ausdrücklich ausgesprochen ist, ist demnach unbegründet. Namentlich fehlt es auch an jeglicher Unterlage für die Annahme, daß die Landesgesetzgebung auf notwendige Anordnungen beschränkt sein soll. Dagegen würde schon die Schwierigkeit sprechen, die Grenze zu bestimmen. Demnach können in Bayern die Ortspolizeibehörden in Ansehung der Trichinenschau den Beschauzwang nicht bloß auf die Hausschlachtungen ausdehnen, sondern auch Vorschriften zur Durchführung und Sicherung der Beschau erlassen, auch wenn diese Vorschriften das Notwendige überschreiten. Wer sich durch solche Vorschriften beschwert fühlt, kann nur auf dem in Art. 14 PStGB. vorgezeichneten Wege Abhilfe suchen. (Urt. vom 28. April 1914, Rev.-Reg. Nr. 186/1914). Ed.
3410

Oberlandesgericht München.

Beitritt zu einem einstweilen eingestellten Versteigerungsverfahren wegen des Zubehörs. Während das Konkursverfahren über das Vermögen des Brauereibesitzers Johann K. noch schwebte, wurde dessen Brauereianwesen am 3. Juli 1913 auf Antrag des Fiskus zur Zwangsversteigerung beschlagnahmt. Durch die Beschlüsse vom 11. und 16. Sept. 1913 wurde der Beitritt der B.-W.-Bank und des Kaufmanns G. zugelassen. Auf Antrag des Privatiers J. stellte das Amtsgericht am 15. Nov. 1913 wegen des auf dem Anwesen befindlichen Viehes auf Grund Sicherungsübereignung die Vollstreckung gegen Sicherheit einstweilen ein und setzte dem Antragsteller eine Frist von einem Monat zur Beibringung der Entscheidung des Prozeßgerichts. Die Sicherheit wurde hinterlegt. Schon am 13. Dez. 1913 reichte J. beim LG. T. gegen den Kaufmann G. eine Widerspruchsklage mit der Begründung ein, daß zwar das Hauptzollamt R. und die W.-Bank, nicht aber G. sein Eigentum an dem Vieh anerkannt hätten. Auch das LG. stellte hierauf die Vollstreckung in das Vieh einstweilen ein. Am 20. Nov. 1913 wurde das Anwesen ohne das Vieh dem Brauereibesitzer K. um 133000 *M* zugeschlagen. Der Zuschlag ist rechtskräftig. Am 20. Dez. 1913 erklärte der Konkursverwalter bei dem Vollstreckungsgericht, daß er sich wegen des noch nicht versteigerten Viehes dem Versteigerungsverfahren anschließe und die Rechte des Privatiers J. nicht anerkenne; er beantragte einen nahen Versteigerungstermin anzuberaumen und jedes Viehstück im Termin einzeln auszubieten und fügte bei, daß die in dem Beschlusse des Amtsgerichts gesetzte Monatsfrist abgelaufen sei, ohne daß die Widerspruchsklage eingereicht worden wäre. Das Amtsgericht wies jedoch diesen Antrag ab, indem es auf seinen Beschluß vom 15. Nov. 1913 und die Hinterlegung der Sicherheit verwies. Hiegegen erhob der Konkursverwalter sofortige Beschwerde und machte geltend, daß die Einstellung ihn nicht berühre, hohe Futterkosten entstünden und 34 Stück Pferde und Großvieh vorhanden seien, während J. nach seinem Vertrage nur 32 Stück beanspruchen könnte, weshalb er wegen zweier Stücke auch Widerspruch gegen die

Einwendungen J.'s und gegen die Einstellung erhebe. Das LG. wies die Beschwerde zurück. Es nahm an, der Beitritt des Konkursverwalters in der beantragten Beschränkung sei schon deshalb ausgeschlossen, weil das Versteigerungsverfahren sich wegen der in Mitte liegenden Einstellung nicht auf das Vieh erstrecke; der Beitritt sei aber auch verspätet, weil er nur bis zur Verkündigung des Zuschlags zulässig gewesen wäre. Die weitere sofortige Beschwerde des Konkursverwalters wurde für zulässig und begründet erachtet.

Aus den Gründen: Die Entscheidung enthält insofern einen neuen selbständigen Beschwerdegrund, als das AG. über den Beitritt des Konkursverwalters überhaupt nicht entschieden und seinen Antrag, einen Versteigerungstermin anzuberaumen, nur als zurzeit unzulässig zurückgewiesen hat, das LG. aber schon den Beitritt als unzulässig erachtete. Das Rechtsmittel ist aber auch begründet. Die Beschlagnahme zur Zwangsversteigerung umfaßte nach § 20 Abs. 2 ZVG. mit § 1120 BGB. auch das auf dem Anwesen befindliche Vieh, da dieses nach §§ 97 und 98 Nr. 2 BGB. Zubehör der Grundstücke bildete und in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt war. Grundsätzlich hatte sich daher das über die Grundstücke angeordnete Versteigerungsverfahren auch auf das Vieh zu erstrecken, solange es nicht insoweit aufgehoben war. Das ergibt sich deutlich aus §§ 55, 37 Nr. 5 ZwVG. Daß Zubehörstücke, wegen deren eine Einstellung vorliegt, von der Versteigerung ausgeschlossen bleiben, hat nicht den Sinn, daß das einmal eröffnete Versteigerungsverfahren für sie nun beendet wäre. Im § 776 ZPO. ist dies für die Fälle des § 775 Nr. 2 ausdrücklich bestimmt. Ist dann in dem Einstellungsbeschluß nicht zugleich die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungsmaßregel verfügt, so ruht nur das Verfahren insolange, als die einstweilige Einstellung dauert. Hievon weichen auch die besonderen Vorschriften des ZVG. nicht wesentlich ab. Nach § 31 Abs. 1 ZVG. darf zwar im Falle einer einstweiligen Einstellung das Verfahren nur auf den Antrag eines Gläubigers fortgesetzt werden; die Möglichkeit einer Fortsetzung ist aber gegeben. Nach § 31 Abs. 2 ZVG. ist das Verfahren aufzuheben, wenn ein solcher Antrag nicht binnen sechs Monaten gestellt wird; damit ist klargestellt, daß vor Ablauf dieser Frist das Verfahren noch nicht beendet ist. Durch die Versteigerung und den Zuschlag der Grundstücke allein wurde an jener Rechtslage nichts geändert. Das Verfahren hinsichtlich des Viehes nimmt, abgetrennt von dem Verfahren über die Hauptsache, selbständig seinen Fortgang, sobald die einstweilige Einstellung nicht mehr wirkt. Es bleibt seinem Grunde und seinem Wesen nach ein Grundstückszwangsversteigerungsverfahren, da es auf einem Beschlagnahmebeschlusse beruht, der das Vieh in seiner Eigenschaft als Zubehör von Grundstücken umfaßte. War hienach das Versteigerungsverfahren über das Vieh zur Zeit des Beitritts des Konkursverwalters (§§ 172, 27 ZVG.; RG. vom 21. Juni 1902 in JW. 1902 S. 402) auf Grund der einstweiligen Einstellung nur in der Ruhe oder schon wieder im Laufe, weil die Widerspruchsklage nicht oder nicht rechtzeitig zugestellt wurde, so war der Beitritt des Konkursverwalters zu dem noch nicht beendeten Verfahren weder unzulässig noch verspätet; erst mit der Versteigerung dieser Zubehörstücke oder mit dem Ablaufe der Frist des § 31 ZVG., oder mit einer Aufhebung des Verfahrens nach §§ 29, 32 ZVG. oder § 776 ZPO. wäre sein Beitritt ausgeschlossen gewesen. Wie der Beitritt eines Gläubigers nur in dem Umfange möglich ist, in welchem das Verfahren angeordnet wurde (Jäckel-Güthe, ZVG. § 27 Abs. 3), so ist späterhin ein Beitritt nur mehr möglich und zulässig in dem Umfang, in welchem das Verfahren noch schwebt. Eine ähnliche Sachlage ergibt sich, wenn von der Vorschrift im § 65 ZVG. Gebrauch gemacht wird. Nun haben sich allerdings die betreibenden Gläubiger und der Widerspruchskläger J. mit dem Ersteher dahin geeinigt, daß dieser die Rechte des J. an dem Vieh übernehme und deshalb die Sicherheit an J. herausgegeben werden solle. Eine solche Abmachung bindet aber den Konkursverwalter nicht, weil er daran nicht beteiligt ist. Enthält sie aber zugleich eine Vereinbarung, daß von den Gläubigern der Versteigerungsantrag zurückgenommen werden solle, so ist doch zurzeit aus den Vollstreckungsakten nicht ersichtlich, ob der Antrag dementsprechend schon wirklich zurückgenommen und das Verfahren gerichtlich aufgehoben wurde (§§ 29, 32 ZVG.). Solange aber dies nicht geschieht, ist das Versteigerungsverfahren trotz des Abkommens noch nicht beendet und der Beitritt des Konkursverwalters noch möglich. Das Vollstreckungsgericht wird also auf diesen Beitritt eine Anordnung nach § 27 Abs. 1 ZVG. zu treffen haben (Jäckel-Güthe, ZVG. § 27). Eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung wirkt grundsätzlich nur zwischen den Parteien, zwischen denen sie erwirkt wurde. Gegen einen beitretenden Gläubiger, also auch gegen den Konkursverwalter muß sie besonders erwirkt werden, wenn auch ihnen gegenüber das Verfahren in Ruhe kommen soll (Jäckel-Güthe, ZVG. § 37 Anm. 14 Abs. 2). Es folgt dies aus dem Umfange der Rechtskraft, die beispielsweise einem Widerspruchsurteil (§ 771 ZPO.) oder Einwendungsurteil (§ 767 ZPO.) in persönlicher Hinsicht zukommt; denn die einstweilige Regelung kann den persönlichen Umfang der schließlichen Urteilswirkung nicht überschreiten. Es ergibt sich dies auch aus § 30 ZVG., weil nach dem Vertragsgedanken an die Bewilligung der Einstellung nur der Gläubiger gebunden sein kann, der sie bewilligt hat. Wenn § 31 ZVG. bestimmt, daß im Falle einer einstweiligen Einstellung das Verfahren stets nur auf Antrag eines Gläubigers fortgesetzt werden darf, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, so steht dies nicht entgegen, weil das Verfahren trotz seiner Einstellung gegen den einen Gläubiger auf Antrag eines anderen fortgesetzt werden muß. Da hier das Verfahren nur gegen den Gläubiger G. einstweilen eingestellt worden war, muß es, sobald der Beitritt des Konkursverwalters zugelassen ist, auf dessen Antrag wegen des Viehes fortgesetzt werden. (Beschl. vom 13. Febr. 1914, Beschw.-Reg. Nr. 59/14). N.

3402

Bücheranzeigen.

Hein, Dr. Otto, Oberlandesgerichtsrat in Hamm. **Handbuch der Zwangsvollstreckung.** Zweite vervollständigte Auflage, unter Mitwirkung von **H. Willers**, Gerichtsassessor in Essen, zurzeit im Justizministerium. 698 S. Hannover 1914, Helwingsche Verlagsbuchhandlung. Preis Mk. 12.—, geb. Mk. 13.20.

Die Fragen aus dem Gebiet der Zwangsvollstreckung sind oft schwierig und lehrreich, so z. B. gleich die Entscheidung Seite 155 f. hier. Die verschiedenen Zuständigkeiten und Rechtsverhältnisse, die Kürze der Fristen und die besondere Eile, die so oft geboten ist (dabei allenthalben die eigene Verantwortlichkeit!) stellen hohe Anforderungen an schnelle und richtige Entschließung. Darum sind gute Führer auf diesem verworrenen Gebiete gesucht. Zu diesen erprobten Führern gehört Hein. Schon die erste Auflage seines Handbuches durfte ich hier bestens empfehlen. Der Erfolg hat dem Recht gegeben. Nach nicht einmal 3 Jahren liegt die 2. Auflage in wesentlich vergrößertem Umfange an Blattzahl und Druckfläche vor. Aber auch inhaltlich ist sie so sehr bereichert, während die Anlage des Buches unverändert blieb, daß man sie jetzt als das Handbuch der Zwangsvollstreckung bezeichnen kann. Für

die dritte Auflage würde ich ein Gesetzesregister, umfassendere Berücksichtigung der Literatur und besseres Papier empfehlen.

Jena. Rechtsanwalt Dr. Böckel.

Rechtsquellen des öffentlichen Kinematographenrechts. Systematische Zusammenstellung der wichtigsten deutschen und fremden Gesetze und Gesetzentwürfe, Ministerialerlasse, Polizeiverordnungen. Aus amtlichem Material gesammelt, mit Einleitung, kurzen Erläuterungen und einem Sachregister versehen. Von **Dr. Albert Hellwig**, Gerichtsassessor in Berlin-Friedenau, Assistent an der juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. (Lichtbühnen-Bibliothek Heft 5.) 8°. (256) M.-Gladbach 1913, Volksvereins-Verlag G. m. b. H. Geb. *M* 5.—.

Der Inhalt dieses Buches ist aus seinem ausführlichen Titel ersichtlich. Dazu wäre noch zu bemerken, daß für Preußen alle wesentlichen Gesetzesstellen aufgenommen sind, für Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden wenigstens die wichtigsten, ferner für diese fünf Staaten sämtliche einschlägigen dem Verfasser bekannten Ministerial-Erlasse. Von dem preußischen Rechte sind ferner aufgenommen sämtliche vorbildlichen Berliner Polizei-Verordnungen sowie einige typische Oberpräsidial- und Regierungspolizeiverordnungen. Im übrigen hat nur Platz gefunden, was dem Verfasser interessant genug schien. Bezüglich des bayerischen Rechts (Art. 32 PStGB.) zitiert er seine eigene in diesen Blättern erschienene Abhandlung, nicht aber meinen dagegen gerichteten Aufsatz (Jahrg. 1913 Nr. 12). Hellwig verfolgte bei der Herausgabe seiner Zusammenstellung einen doppelten Zweck, erstens wollte er den Polizeibehörden ein bequemes Nachschlagebüchlein bieten und andrerseits für die an der gesetzlichen Regelung der Kino-Frage interessierten Personenkreise, sowohl für die Gewerbetreibenden wie für die Beamten, Parlamentarier und Schriftsteller das wichtigste Material zusammenstellen. Auch hat der Verfasser nicht unterlassen, in der Einleitung S. 21—36 seine Ansicht über die hauptsächlichsten für den Gesetzgeber in Frage kommenden Probleme zu äußern, nämlich Konzessionspflicht, Filmzensur, Kinderverbot, Plakatzensur, Sicherheitsvorschriften, Verbot des gleichzeitigen Betriebs von Kino und Schankwirtschaft, Sonntagsheiligung und Arbeiterschutz. Insbesondere spricht sich Hellwig gegen die gesetzliche Einführung des Bedürfnisnachweises aus, weil eine solche Bestimmung jetzt zu spät käme. Leider hat sich der vor kurzem dem Reichstag zugegangene Gesetz-Entwurf Druck. Nr. 1431 betr. Abänderung der §§ 33, 33a 2c. der Gewerbeordnung, der überhaupt von kleinlichem Polizeigeist erfüllt ist, auf einen anderen Standpunkt gestellt, obwohl außer dem von Hellwig in den Vordergrund gerückten Bedenken noch verschiedene andere zu erheben wären, wie die Unmöglichkeit einen Maßstab für die Schätzung des Bedürfnisses zu finden und die künstliche Wertsteigerung der bestehenden Lichtspieltheater.

München. Dr. v. Landmann, Staatsminister a. D.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Aenderung der Zivilprozeßordnung. Bekanntlich sind im Reichshaushaltsetat die Mittel für Aufwandsentschädigungen bereitgestellt, die auf Verlangen an Familien für die im Reichsheer, in der Marine oder in den Schutztruppen eingestellten Söhne bewilligt werden, wenn Söhne aus der Familie durch Ableistung ihrer gesetzlichen zwei- oder dreijährigen Dienstpflicht als Unteroffiziere oder Gemeine eine Gesamtdienstzeit von sechs Jahren zurückgelegt haben; die Entschädigungen werden in der Höhe von 240 *M* für jedes weitere Dienstjahr jedes Sohnes bewilligt, der in diesen Dienstgraden seiner gesetzlichen zwei- oder dreijährigen Dienstpflicht genügt. Die näheren Vorschriften über die Voraussetzungen, unter denen die Aufwandsentschädigung beansprucht werden kann, über die Geltendmachung des Anspruchs usw. hat der Bundesrat am 26. März ds. Js. erlassen (RGBl. S. 57). Findige Gläubiger haben sich bald diese Neuerung zunutze gemacht und die Entschädigungsansprüche pfänden lassen. In manchen Fällen mag die Pfändung nach § 850 Nr. 3 ZPO. unzulässig gewesen sein; allein die hier geforderte Bedürftigkeit ist nicht Voraussetzung des Anspruchs auf die Aufwandsentschädigung, wenigstens für den Regelfall der Gewährung an die Eltern (anders bei Geltendmachung des Anspruchs durch die Großeltern); die angeführte Vorschrift der Prozeßordnung bot also nur einen sehr unvollkommenen Schutz gegen die Pfändung. Die Aufwandsentschädigung soll, so wurde im Reichstag erklärt, eine Zuwendung höchst persönlicher Art zur Entschädigung der Familien sein, die — mit militärtauglichen Söhnen reicher als andere gesegnet — dem Staate besondere Opfer gebracht haben. Mit dieser Begründung wurde aus der Mitte des Hauses der Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderung der ZPO. eingebracht, der inzwischen unter dem 24. Juni ds. Js. Gesetz geworden und im RGBl. veröffentlicht worden ist (S. 233): durch eine dem § 850 Abs. 1 ZPO. beigefügte Nr. 9 sind die fraglichen Aufwandsentschädigungen — genauer gesagt: der Anspruch auf diese — der Pfändung jetzt entzogen. Das Gesetz gilt vom 14. Juli an (RVerf. Art. 2 Satz 3). Pfändungsbeschlüsse, die vor diesem Tage dem Drittschuldner zugestellt worden sind, werden durch das Gesetz in ihrer Wirksamkeit nicht berührt; denn das Gesetz legt sich keine rückwirkende Kraft bei (anders z. B. § 5 Abs. 2 LohnBG.) und die höchstpersönliche Natur des Entschädigungsanspruchs, mit der man im Reichstage den Gesetzentwurf begründet hat, ist doch zu zweifelhaft, als daß man aus ihr die Unpfändbarkeit folgern könnte. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes ist die Aufwandsentschädigung auch der Uebertragung durch Rechtsgeschäft, wie der Aufrechnung und der Verpfändung entzogen (§§ 400, 394, 1274 BGB.).

3416

Das Gesetz zur Aenderung der §§ 74, 75 und des § 76 Abs. 1 HGB. und das Gesetz betr. Aenderung der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige werden im RGBl. Nr. 35 S. 209 ff. und S. 214 ff. veröffentlicht. Die Erörterung dieser wichtigen Gesetze beansprucht mehr Raum, als in dieser Abteilung zur Verfügung steht. Es ist deshalb dafür gesorgt, daß die beiden Gesetze kurz vor oder nach ihrem Inkrafttreten (HGB.: 1. Januar 1915; ZSGebO.: 1. Oktober 1914) in größeren Abhandlungen besprochen werden.

3417

Statistisches zu dem Gesetze vom 19. Juni 1912, betreffend die Aenderung des Strafgesetzbuchs. Durch das Gesetz vom 19. Juni 1912 wurden in das StGB. einige neue Tatbestände eingefügt (Körperverletzung an Wehrlosen, § 223a Abs. 2; Diebstahl und Unterschlagung aus Not, § 248a; Notbetrug, § 264a). In dem 2. Halbjahre 1912 wurden in Bayern auf Grund des § 223a Abs. 2 8 Verurteilungen ausgesprochen, wegen Notdiebstahls 165, wegen Notunterschlagung 26, wegen Notbetrugs 211. Die geringe Zahl der Verurteilungen wegen Körperverletzung an Wehrlosen läßt erkennen, welchen Wert die phantastischen Zahlen der Kindermißhandlungen hatten, die vor einiger Zeit von der Tagespresse angegeben wurden, ohne daß zu ersehen war, auf welcher statistischen Grundlage sie eigentlich beruhten.

Die Novelle vom 19. Juni 1912 hat bekanntlich auch den Tatbestand des § 370 Nr. 5 StGB. (Entwendung von Nahrungs- und Genußmitteln) auf „andere



Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs" ausgedehnt und damit den Tatbestand des Diebstahls eingeschränkt. Eine Minderung der Verurteilungen aus § 242 StGB. hat sich daraus im Jahre 1912 nicht ergeben, sie sind vielmehr von 9862 im Jahre 1911 auf 10546 hinaufgegangen. Dagegen zeigt sich ein kleiner Rückgang beim Diebstahl im Rückfall (2387 Verurteilungen gegen 2621 im Jahre 1911). Die Verurteilungen wegen schweren Diebstahls und schweren Diebstahls im Rückfalle sind nahezu gleichgeblieben (1403 und 672 gegen 1409 und 671 im Jahre 1911). Auch die Unterschlagungen haben nicht ab- sondern zugenommen (4054 Verurteilungen gegen 3785 im Jahre 1911). Beim Betrug ist gleichfalls ein Anwachsen zu bemerken (von 6679 auf 6757), während die Verurteilungen wegen Betrugs im Rückfalle von 2816 auf 2285 zurückgegangen sind.

3408

Herstellung von Malzwein. Durch Bekanntmachung vom 21. Mai 1914 (RGBl. S. 127) wird die Bundesratsbekanntmachung vom 9. Juli 1909 (RGBl. S. 549) dahin ergänzt, daß bei Herstellung von weinähnlichen Getränken aus Malzauszügen die Verwendung von Zucker und Säuren verboten oder eingeschränkt und der Zusatz von Wasser geregelt wird. Die Vorschrift verfolgt den Zweck, den Weinbau vor dem überhandnehmenden Wettbewerb der Malzweine zu schützen. Siehe Jahrg. 1913 S. 329 und 353.

Herstellung von Kognak. In Abänderung der Bundesratsbekanntmachung vom 9. Juli 1909 (RGBl. S. 549), welche zu §§ 10, 16 WeinG. diejenigen Stoffe bezeichnet hatte, die bei Herstellung von Kognak nicht verwendet werden durften, bringt die Bekanntmachung „betr. Aenderung der Bestimmungen zur Ausführung des Weingesetzes" vom 27. Juni 1914 (RGBl. S. 235) eine Aufzählung derjenigen Stoffe, die bei Herstellung von Kognak nunmehr nur noch verwendet werden dürfen, so daß die Verwendung aller nicht angeführten Stoffe fortab verboten ist. Für die Uebergangszeit, d. i. bis zum 1. Juli 1915, wird die Verwendung gewisser Vorräte ausnahmsweise gestattet.

Sprachecke.

Aus der Rechtssprache des Reichsgerichts. In den Gründen eines neuen reichsgerichtlichen Urteils findet sich folgendes unerhörte Satzgefüge: „Unbegründet ist auch der Vorwurf, daß .... Die Revision wendet sich hier gegen die Ausführung der Strafkammer, daß das Bestehen solcher Gegenforderungen an sich nicht die Widerrechtlichkeit der Aneignung der vom Angeklagten einkassierten Beträge beseitige, weil der Angeklagte eine Aufrechnung seiner Gegenforderung der Firma gegenüber gegen die aus der Nichtabführung der eingezogenen Gelder dieser ihm gegenüber entstandenen Forderung nicht erklärt habe und daher anzunehmen sei, daß der Angeklagte auch bei der Zueignung der eingezogenen Gelder eine solche Aufrechnung auch nicht beabsichtigt habe, und weil die bloße Möglichkeit der Aufrechnung der Annahme rechtswidriger Verfügung nicht entgegenstehe, und gegen die Heranziehung der Entscheidung des Reichsgerichts Str. Bd. 20 S. 438 zur Begründung dieser Ausführung." Was dieses von Hauptwörtern und Schachtelungen strotzende Satzungetüm ausspricht, hätte einfach, lebendig und verständlicher gefaßt werden können; dabei hätte auf die ungerade Rede gar nicht verzichtet werden müssen: „Unbegründet ist auch der Vorwurf, daß .... Er bezieht sich auf die folgenden Ausführungen der Strafkammer: Wer sich Geld aneignet, das er für einen anderen einzieht und an diesen abliefern müßte, könne widerrechtlich handeln, auch wenn er gegen den anderen selbst Forderungen hat; er müßte denn seine eigenen Forderungen gegen den Anspruch des anderen aufrechnen, dies auch erklären oder doch ernstlich beabsichtigen. Der Angeklagte behaupte, er habe Gegenforderungen gegen die Firma gehabt, als er die für sie eingezogenen Gelder für sich verwendete, und er habe aufrechnen wollen. Allein der Angeklagte habe nicht zu erkennen gegeben, daß er aufrechne. Es sei auch nicht anzunehmen, daß er dies ernstlich beabsichtigte, als er das Geld der Firma verbrauchte. Er könne sich deshalb nicht dahin verteidigen, er habe nicht widerrechtlich über das fremde Geld verfügt. Diese Anschauung entspreche der Entscheidung des Reichsgerichts Str. Bd. 20 S. 438. Die Revision bezeichnet diese Ausführungen als irrig; die Gründe der angeführten Entscheidung träfen hier gar nicht zu."

„Frau Erste Staatsanwalt", so hört und liest mans. Es besteht bei vielen Unklarheit darüber, in welcher Form die Titel der Männer auf ihre Frauen anzuwenden seien, Frau Landgerichtspräsidentin oder Frau Landgerichtspräsident, Frau Generalin oder Frau General, Frau Kommerzienrätin oder Frau Kommerzienrat. Die männliche Form wird für unrichtig gehalten, weil ja die Frau nicht Landgerichtspräsident, General und Kommerzienrat sei. Gleichwohl ist diese Form allein richtig. Denn der Titel: Frau Landgerichtspräsident usw. ist elliptischer Natur, es ist die abgekürzte Redeweise für: Frau des Landgerichtspräsidenten usw. Die weibliche Form müßte aber einmal dann angewendet werden, wenn die Gerichte mit Frauen besetzt wären, das Heer von Frauen geführt würde, dann gäbe es Landgerichtspräsidentinnen und Generalinnen. Seit geraumer Zeit springt die unrichtige Auffassung besonders bei dem Doktortitel in die Augen. Unsere Frauen und Fräulein, die sich diesen Titel erworben haben, nennen sich nur doctor jur., doctor philos., doctor med. Mag es von ihnen auch eine gewisse Eitelkeit sein, es in allem, auch im Titel, den Männern gleich zu tun, so wird die Gepflogenheit doch auch mit darauf zurückzuführen sein, daß in den Verleihungsurkunden altem Brauch gemäß die männliche Form des Titels beibehalten wird, statt daß er doctrix jur., doctrix philos., doctrix med. lautet. Es ist zwischen der Frau Doktor N. und der Frau Doktorin N. ein gewaltiger Unterschied; die erste führt den Titel wegen ihres Mannes, die andere hat ihn auf Grund eigenen Rechts. Wie verhält sich nun zu dieser Ausführung: „Frau Erste Staatsanwalt"? Richtig ist die männliche Form Staatsanwalt, falsch die weibliche Form Erste. Richtig wäre es also zu sagen: Frau Erster Staatsanwalt. Aber da steht das weibliche Geschlecht zu der männlichen Form in einem solch auffallenden und schroffen Gegensatz, daß der Ausdruck vermieden werden muß. Man muß sich bescheiden, zu sagen: Frau Staatsanwalt, wie das ja auch bei den Frauen der zweiten und dritten Staatsanwälte geschieht. Soll gleichwohl unterschieden werden, so bliebe nichts übrig, als den Titel Erster Staatsanwalt abzuschaffen und dafür etwa Hauptstaatsanwalt zu wählen. Oberstaatsanwalt wird sich verbieten, weil schon der erste Beamte der Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht diesen Titel hat. Dafür könnte übrigens Oberststaatsanwalt gesagt werden. T.

Verantwortl. Herausgeber: Th. von der Pfordten, Regierungsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Nr. 16 u. 17. München, den 1. September 1914. 10. Jahrg.

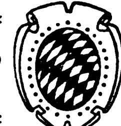
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Studien zur Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts.

Von Dr. jur. Peter Klein, Privatdozent an der Universität Königsberg i. Pr.

I. Studie.

In welchem Umfange hat der Deutsche Richter österreichisches Recht anzuwenden, wenn es sich um die Gültigkeit der von einem Oesterreicher in Deutschland geschlossenen Ehe handelt? (Eine Besprechung des RG.-Urteils vom 15. Februar 1912, RGZ. LXXVIII, 234–238).

I. Das zu besprechende Urteil.

Der Kläger, ein österreichischer Staatsangehöriger katholischen Bekenntnisses, beantragte auf Grund österreichischen Rechts, die Ehe für nichtig zu erklären, die er in Deutschland am 9. März 1908 mit der Beklagten, einer deutschen Protestantin, geschlossen hatte, deren früherer, von ihr geschiedener Ehemann noch am Leben war. Das Landgericht erklärte die Ehe für nichtig, dagegen wies das Oberlandesgericht die Klage ab. Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

„Beide Vorderrichter (LG. und OLG. Hamburg) gehen auf Grund von Art. 13 EG. BGB. mit Recht davon aus, daß die Ehe der Parteien nur dann gültig ist, wenn sie nach dem für einen jeden der Verlobten maßgebenden Rechte eingegangen werden durfte. Sie ist mithin nichtig, wenn sie, nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem der Mann angehörte, d. h. nach österreichischen Gesetzen, auch nur in Ansehung des Mannes verboten war. Ein solches Eheverbot ist nach dem österreichischen Hofdekrete vom 17. Juli 1835 an sich gegeben, weil der erste geschiedene Ehemann der Frau jetzt noch am Leben ist. Beide Vorderrichter ziehen aber zugleich § 4 des österreichischen BGB. heran, den sie in Uebereinstimmung mit dem österreichischen obersten Gerichtshofe dahin auslegen, die österreichischen Gesetze seien für den österreichischen Mann bezüglich der Eheschließung dann nicht verbindlich gewesen, wenn seine Absicht nicht dahin gegangen sei, durch den Eheschließungsakt auch in Oesterreich rechtliche Folgen hervorzurufen. Das Landgericht hatte angenommen, der Mann habe diese Absicht gehabt, und hatte deshalb die Ehe für nichtig erklärt. Das Oberlandesgericht hat dagegen eine solche Absicht nicht für dargetan erachtet und die Klage abgewiesen. . . . .

Das Reichsgericht ist zur Nachprüfung befugt, soweit Verletzung der vom deutschen Gesetzgeber erlassenen sog. internationalen Rechtsnormen gerügt wird. Die Revision will in den Vorschriften des Einführungsgesetzes, durch die der deutsche Richter ausdrücklich zur Anwendung eines fremden, durch die Staatsangehörigkeit eines Beteiligten bestimmten Rechtes verpflichtet wird, (den sog. vollkommenen Kollisionsvorschriften der Art. 7, 13, 15, 17, 21, 25 EG. BGB.) nur eine Verweisung auf die materiellrechtlichen, die Sachnormen des betreffenden fremden Rechts erblicken. Nach den Kollisionsnormen dieses Rechts habe der deutsche Richter grundsätzlich nicht zu forschen und deutsches Recht nur dann anzuwenden, wenn das fremde Recht ausdrücklich auf deutsches Recht zurückverweise (Art. 27).

Diese in der Rechtslehre allerdings mehrfach vertretene Meinung kann nicht gebilligt werden. Das Reichsgericht trägt vielmehr kein Bedenken, auszusprechen, daß der deutsche Richter, wenn er überhaupt zur Anwendung des fremden Rechts berufen wird, dieses fremde Recht grundsätzlich auch in vollem Umfange, mithin nicht bloß seine Sachnormen, sondern auch seine Kollisionsvorschriften anzuwenden hat . . . .

Endlich würde der Zweck der Vorschrift, dem betreffenden Staatsangehörigen auch in Deutschland die Beurteilung des Streitfalls nach seinem Personalstatute zu gewährleisten, geradezu vereitelt,

wenn hierbei nur mehr oder minder lückenhafte Ausschnitte aus dem maßgebenden fremden Rechte anzuwenden wären. So käme man im Streitfalle zu dem unannehmbaren Ergebnisse, daß bei gleichen tatsächlichen Feststellungen der österreichische Richter die Nichtigkeitsklage seines eigenen Staatsangehörigen abzuweisen hätte, während der deutsche Richter auf Grund des erwähnten Hofdekrets gegen die deutsche Frau auf Nichtigerklärung der Ehe erkennen müßte.

Der Berufungsrichter hat deshalb Art. 13 Abs. 1 EG. BGB. nicht verletzt, wenn er schon hierin die sog. Gesamtverweisung auf das fremde, im Streitfalle das österreichische Recht, erblickt und deshalb auch § 4 österr. BGB. anwendet. Dabei kann auf sich beruhen, ob mit dieser Vorschrift eine eigentliche Kollisionsnorm erteilt werden sollte. Jedenfalls ist durch den angezogenen § 4 nach der irrevisiblen Auslegung des Berufungsrichters die Anwendbarkeit des österreichischen Rechts auf den Streitfall verneint und damit der Nichtigkeitsklage ohne weiteres der Boden entzogen . . . .

Hält man hieran fest, so bedarf es nicht erst der Heranziehung des Art. 27, um das Berufungsurteil zu halten . . . . Uebrigens würde die Klageabweisung auch durch unmittelbare Anwendung des Art. 27 gerechtfertigt sein. Zwar enthält § 4 österr. BGB. keine ausdrückliche Vorschrift darüber, welches Recht maßgebend sein soll, wenn unter den dort gegebenen Voraussetzungen das österreichische Recht ausscheidet. Allein eine ausdrückliche Verweisung auf ein anderes Gesetz wird nur in Art. 1 des die Eheschließung regelnden Haager Abkommens vom 12. Juni 1902 gefordert, und diesem Abkommen ist Oesterreich-Ungarn nicht beigetreten. Es genügt mithin zur Anwendung von Art. 27, daß § 4 österr. BGB. stillschweigend auf die deutschen Gesetze verweist, indem er unverkennbar den Ort der Vornahme des Rechtsgeschäfts, im Streitfalle also Deutschland, in dessen Gebiet die Ehe geschlossen worden ist, als maßgebend betrachtet."

II. Besprechung des Urteils.[1]

Alle drei Instanzen gehen von der in der neuesten österreichischen Literatur und Rechtsprechung[2]) mehrfach[3]) vertretenen Auffassung aus, daß

> „der Oesterreicher, der im Auslande heiratet, nach der heutigen Auslegung des § 4 ABGB.[4]) an das österreichische Ehegesetz nur gebunden ist, falls die Ehe nach seiner Absicht zugleich in Oesterreich rechtliche Folgen hervorbringen soll",

m. a. W.: daß § 4 ABGB. — grundsätzlich — auf das Recht des Wohnsitzes, in unserm Falle also auf das deutsche Recht verweist.[5]) Demgemäß sei — schließt man — jedenfalls nach Art. 27 in Verbindung mit Art. 13 I EG. BGB. deutsches Recht anzuwenden und die Nichtigkeitsklage abzuweisen.

M. E. trifft diese Entscheidung nicht zu.

A. EG. BGB. Art. 27 in Verbindung mit Art. 13 I verweisen auf das österreichische materielle Recht und das österreichische internationale Privatrecht. Nun steht fest, daß nach österreichischem internationalen Privatrecht „auch die von Ausländern im Ausland geschlossene Ehe in Oesterreich ungültig ist, falls sie gegen ein absolut zwingendes österreichisches Gesetz (z. B. OestABGB. §§ 62 [111], 63, 64) verstößt".[6]) Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß erst recht eine von einem Oesterreicher im Auslande geschlossene Ehe unter den gleichen Voraussetzungen[7]) ungültig ist.[8]) Die Rückverweisung auf das deutsche Recht in ABGB. § 4 wird durch die österreichische Vorbehaltsklausel ausgeschaltet.

Darf der deutsche Richter die Vorbehalts-

---

[1]) Vgl. auch die sehr wertvolle Arbeit Beers, Die Verweisung, eine kritische Studie zum internationalen Privatrecht, in der Festschrift für Ernst Zitelmann, 1913 (namentlich S. 20—22). Beer wählt das unter I wiedergegebene RG.-Urteil zum Ausgangspunkte seiner Erörterung über das Problem der Verweisung im internationalen Privatrecht. Dieses Problem scheidet für die vorliegende Studie aus. — Siehe auch Endemann, Matrimonium claudicans, JW. XLIII, 116.

[2]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig[5], System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I (1913) S. 80/81 und 88/89; dort genaue Angaben der Literatur und Rechtsprechung. — Ueber die Entwicklung des Oesterreichischen internationalen Privatrechts, besonders die verschiedenen Auslegungen, die die wenigen Kollisionsnormen des OestABGB. erfahren haben, vgl. Krainz-Ehrenzweig[5], a. a. O. 76/77; ferner Steinlechner in der „Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs" (1911) II, 55 ff., namentlich 60 ff.

[3]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig[5], a. a. O., namentlich S. 80/81 (Text zu Note 10 und Note 10), 88; Steinlechner, a. a. O. 65 (Text zu Note 21), 67 (namentlich Text zu Note 27 u. 28); Entsch. des OestOGH. vom 1. Oktober 1912 (OestCBl. XXXII, 229/230) und vom 14. Januar 1914 (OestCBl. XXXII, 126 ff.).

[4]) § 4 OestABGB. lautet:

„Die bürgerlichen Gesetze verbinden alle Staatsbürger der Länder, für welche sie kundgemacht worden sind. Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie außer dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, insoweit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränket wird, und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. Inwiefern die Fremden an diese Gesetze gebunden sind, wird in dem folgenden Hauptstücke bestimmt."

[5]) Daß nach der heute herrschenden Auslegung des § 4 ABGB. eine Verweisung vorliegt, ergibt sich mit voller Klarheit aus den die neue Lehre vortragenden Ausführungen Ehrenzweigs (Krainz-Ehrenzweig[5], a. a. O. 81): „Praktisch bedeutet das die Verdrängung des theoretisch anerkannten Grundsatzes der Staatsangehörigkeit durch den Grundsatz des Wohnsitzes."

[6]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig[5], a. a. O. 88/89 [85 (Text zu Note 10), 86 (Text zu Note 11), 89 (Text zu Note 15)]. Ueber abweichende Entscheidungen aus neuester Zeit vgl. OestCBl. XXXII, 127.

[7]) welche im vorliegenden Rechtsfalle gegeben sind.

[8]) Vgl. auch Krainz-Ehrenzweig[5], a. a. O. 89 (Text zu Note 12); Endemann, a. a. O.

klausel des österreichischen Rechts, die die Rückverweisung (§ 4 ABGB.) auf das deutsche Recht ausschaltet, berücksichtigen, oder steht dem Art. 30 EG. BGB. entgegen?

. . . . Diese Frage ist zunächst von mir[9]) aufgeworfen, dann von Dietz[10]) und namentlich von Levis[11]) erörtert worden. Zwei Lösungen sind denkbar.

Man könnte dahin entscheiden: Die österreichische Vorbehaltsklausel lehnt das deutsche Recht als gegen den Zweck des österreichischen Rechts verstoßend ab und darf folglich gemäß Art. 30 EG. BGB. unter keinen Umständen berücksichtigt werden. Es bleibt darum bei der Rückverweisung des § 4 ABGB.[12])

Dieses Ergebnis wäre indes durchaus unbefriedigend. Mit Recht hat Levis[13]) unter Berufung auf Niemeyer, Das internationale Privatrecht des BGB. S. 79 ff., Zitelmann-Niemeyer, Quellen zum internationalen Privatrecht, Heft I S. 38/9, Kahn, JheringsJ. XXXVI, 371 darauf hingewiesen, „daß der Grundsatz der Rückverweisung (EG. BGB. Art. 27) unter anderm auch tunlichst Widersprüche zwischen der deutschen und der heimischen Rechtsentscheidung hintanhalten will". Ein solcher Widerspruch würde aber — im Gegensatze zur Annahme des RG. — gerade dann hervortreten, wenn das deutsche Gericht die Vorbehaltsklausel des ausländischen (österreichischen) Rechts unberücksichtigt ließe:

> Der österreichische Richter würde im vorliegenden Falle die Ehe für nichtig erklären, während der deutsche Richter die Nichtigkeitsklage abwiese.

Im vorliegenden Falle läßt sich für die Nichtablehnung der österreichischen Vorbehaltsklausel auch noch folgendes geltend machen:

Nach der früheren vor 1905[14]) in Oesterreich herrschenden Auffassung wurde der Satz des § 4 ABGB.: „und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen wollen," als überflüssig und mißverständlich außer Acht gelassen, enthielt § 4 ABGB. also keine Verweisung auf das Domizilrecht. Bei dieser früheren Auslegung wäre in unserm Falle österreichisches Recht angewandt worden. Denn Art. 30 EG. BGB. kommt nicht in Frage. Wäre es da zu rechtfertigen, wenn man heute in unserm Falle — im Widerspruch mit den letzten in Art. 27 EG. BGB. verfolgten gesetzgeberischen Zwecken — dieselben österreichischen Normen nicht anwenden wollte, weil sie uns infolge der Rückverweisung im Gewande der Vorbehaltsklausel begegnen?

B. Die neue Auslegung des § 4 ABGB. scheitert m. E. in unserm Falle bereits daran, daß nach den Hofkanzleidekreten vom 23. Februar 1833 und 10. Juni 1835 „die Eheschließung mit einem Oesterreicher für die Ausländerin einen unbedingten Bürgerrechtstitel begründet, ohne daß ein Vorbehalt des bisherigen Staatsbürgerrechts möglich wäre, und ohne daß bei späterer Trennung der Ehe infolge Scheidung oder Tod des Gatten das erheiratete Bürgerrecht wieder verloren ginge".[15]) Da die Eheschließenden diese nach Oesterreich hinüberwirkende Legalwirkung der Eheschließung nicht ausschließen können, ist m. E. der Verweisung in ABGB. § 4 auf das deutsche Recht der Boden entzogen.[16])

II. Studie.

Zu Art. 30 EG. BGB.

I. Wohl kein Problem des internationalen Privatrechts bereitet der Wissenschaft und Rechtsprechung dauernd größere Schwierigkeiten als das Problem des ordre public.[17]) Man braucht nur einen flüchtigen Blick in das neueste Schrifttum und die letzten Bände unserer Entscheidungssammlungen zu werfen, um sich davon zu überzeugen, daß auch heute noch von einer Lösung des Problems des ordre public, einer richtigen Anwendung der Vorbehaltsklausel, nicht die Rede sein kann. Alle Versuche, „die große Entfernung zwischen dem theoretischen Grundsatz der Vorbehaltsklausel und seiner Uebersetzung in die konkrete Wirklichkeit zu verringern",[18]) haben bislang nicht verhindern können, daß die stärksten Zweifel laut werden, sobald es gilt im einzelnen Falle die Vorbehaltsklausel (EG. BGB. Art. 30) anzuwenden.

Zweck der folgenden Zeilen ist es, ein Urteil des I. Zivilsenats des RG. vom 2. Oktober 1912 (RGZ. LXXX Nr. 31 S. 129—134),[19]) zu

---

[9]) ArchBürgR. XXVII, 258/9.

[10]) NiemeyersZ. XIX, 447—457.

[11]) NiemeyersZ. XX, 85—90. Siehe auch Beer, a. a. O. 20.

[12]) Vgl. auch ArchBürgR. XXVII, 258/9.

[13]) A. a. O. 87; vgl. auch den Note 1 genannten Aufsatz Endemanns.

[14]) Vgl. Krainz-Ehrenzweig[5], a. a. O. S. 80 Text zu Note 8.

[15]) Vgl. Sieber, Das Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr, I (1907) S. 105.

[16]) Vgl. auch Beer, a. a. O. Note 43. Noch andere Bedenken bei Steinlechner, a. a. O. 67 (Text zu Note 28).

[17]) Literaturangaben bei Klein, Die Lehre vom ordre public, ArchBürgR. XXIX, 311—384. Vgl. auch Beer, NiemeyersZ. XIX, 1 ff.; Dietz, NiemeyersZ. XIX, 447 ff.; Levis, NiemeyersZ. XX, 85 ff.; Fuld, NiemeyersZ. XXII, 253; Graf Luxburg, NiemeyersZ. XXIII, 151, 192; Hedemann, NiemeyersZ. XXIII, 244, 245, 255; Niemeyer, NiemeyersZ. XXIII, 261, 267; Krainz-Ehrenzweig[5], System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I (1913) S. 77; Enneccerus, Kipp und Wolff[9—11], Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I 1 § 62 S. 154 ff.; Beer, Die Verweisung, 20 (in der Festschrift für Ernst Zitelmann); Dittmann, Die sechs Haager Abkommen über Internationales Privatrecht und Zivilprozeßrecht (1914) S. 6; Fink, NiemeyersZ. XXIV, Abt. II, 138—179.

[18]) Zitelmann, Internationales Privatrecht, I, 321.

[19]) Vgl. auch das weit vorsichtigere Urteil des RG. vom 9. Februar 1900, NiemeyersZ. X, 472 ff., namentlich 473/4.

würdigen, das die Vorbehaltsklausel unrichtig anwendet.

II. Zum Ausgangspunkte meiner Untersuchung wähle ich die immer wieder herangezogene Entscheidung des II. Zivilsenats des RG. vom 21. März 1905 (NiemeyersZ. XIX, 278—280). Hier gelangt das RG. zu folgendem Ergebnis: „Die Anwendung des nach dem internationalen Privatrecht an sich maßgebenden ausländischen Rechts ist verboten, wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf welchen dieses Recht und auf welchen das konkurrierende deutsche Recht beruht, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechts **direkt die Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde**. In einem derartigen Falle kann das ausländische Recht nicht zugelassen, muß vielmehr das inländische deutsche Gesetz angewendet werden."

Dieses RG.-Urteil gibt eine wenigstens im allgemeinen richtige Antwort auf die Frage: **wann** löst der Inhalt der nach unsern Kollisionsnormen maßgebenden ausländischen Normen den zwingenden Charakter unserer eigenen Rechtssätze aus? Sie fließt aus den zutreffenden Erwägungen:

daß die Vorbehaltsklausel eine **Ausnahme** von den allgemeinen Kollisionsnormen darstellt, daß die Kollisionsnormen, „die ja gerade in der Verschiedenheit der materiellen Rechte und deren Zwecke ihren Grund haben und ihren Nährboden finden, **bis zur Evidenz des Gegenteils festgehalten werden wollen**",

„daß die Ablehnung des Auslandsrechts gemäß der Vorbehaltsklausel **nicht vermutet** werden darf",

schließlich, daß es einer der größten Fehler einer Entscheidung auf dem Gebiete des internationalen Rechts ist, wenn sie leichtherzig den zwingenden Charakter des eigenen Rechts annimmt, ... um bloß technischer Unterschiede willen ein ausländisches Recht für unanwendbar erklärt, ... da doch das ganze internationale Privatrecht mit der richtigen oder unrichtigen Handhabung der Vorbehaltsklausel steht und fällt.[20])

Mit diesen Ausführungen ist die Entscheidung des I. Zivilsenats des RG. vom 2. Oktober 1912 unvereinbar.

III. Der I. Zivilsenat des RG. erklärt im Urteil vom 2. Oktober 1912 eine (wie das Erkenntnis annimmt) in Rußland an einem russischen Schiffe gültig bestellte Schiffshypothek für unwirksam gegenüber dem später von einer Kopenhagener Gesellschaft erwirkten Arrest, **weil die Vorschriften des russischen Rechts, die die Publizität des Schiffspfandrechts sichern wollen,**[21]) **den unsrigen nicht gleichwertig oder annähernd gleichwertig seien.**

Schon Lenel[22]) hat mit Recht bemerkt: „Ob Art. 30 ausreicht, diese weitgehende Entscheidung zu tragen, scheint doch recht zweifelhaft."

Prüfen wir die Urteilsgründe im einzelnen!

Die Heranziehung des „Brüsseler Vorentwurfs zu einem internationalen Uebereinkommen über Schiffshypotheken usw. ...."[23]) zur Urteilsbegründung ist methodisch verfehlt.[24])

Im übrigen läuft die Begründung des RG. darauf hinaus: „Der deutsche Gesetzgeber hätte von dem ganzen Apparate der Registereintragung abgesehen, wenn er eine Eintragung in die Schiffspapiere **für auch nur annähernd gleichwertig** oder seinen Zwecken entsprechend gehalten und nicht vielmehr gerade darauf Gewicht gelegt hätte, daß entsprechend den für das Grundpfandrecht geltenden Vorschriften auch für die Schiffshypothek **Publizität**, d. h. nicht sowohl Erkennbarkeit als vielmehr **volle und authentische Oeffentlichkeit** geschaffen wurde. In diesem Sinne sei es zutreffend, wenn die Revision ausführt, es müsse gefordert werden, daß das ausländische Recht zu einer teilweisen Immobilisierung des Schiffes übergegangen sei. ...."[25])

Aber rechtfertigen diese Erwägungen es wirklich, daß das RG. eine „**Notwehrlage**" annimmt und „das **Kampfmittel** der Vorbehaltsklausel, das die Friedlichkeit der geordneten internationalen Rechtsgemeinschaft in Sachen des Privatrechts durchbricht",[26]) anwendet, konkret gesprochen: die in **Rußland** an einem **russischen** Schiffe gültig bestellte Hypothek für unwirksam erklärt?

Zu welch unerträglichen Ergebnissen eine solche den Wert und die Bedeutung der eigenen Rechtseinrichtungen überschätzende Praxis[27]) führen kann, mag folgendes Beispiel veranschaulichen, in welchem **deutsches Recht und deutsche Interessen** in Frage stehen.

SchweizZ. Art. 715 I bestimmt:

> Der Vorbehalt des Eigentums an einer dem Erwerber übertragenen beweglichen Sache ist nur dann wirksam, wenn er an dessen jeweiligem Wohnort in einem vom Betreibungsbeamten zu führenden öffentlichen Register eingetragen ist.

Dem BGB. § 455 ist ein Register über Eigentumsvorbehalte fremd. Darf darum ein um seine Entscheidung angegangenes schweizerisches Gericht den in Deutschland nach deutschem Rechte vereinbarten Eigentumsvorbehalt unter Berufung auf SchweizZ. Art. 715 I und den ordre public[28]) für

---

[20]) Vgl. Zitelmann, Internationales Privatrecht, I, 317—380; Klein, ArchBürgR. XXIX, 311 ff.; OestCBl. XXXI, 292, XXXII, Heft 8.

[21]) Vgl. dazu RGZ. LXXX, 131 2.

[22]) DJZ. XVIII, 883 4.

[23]) RGZ. LXXX, 133 4.

[24]) Vgl. auch Beer, NiemeyersZ. XIX, 18.

[25]) Vgl. RGZ. LXXX, 133.

[26]) Zitelmann, Internationales Privatrecht, I, 351, 357.

[27]) RGZ. LXXX, 132 (Mitte der Seite). Siehe auch Del Vecchio, ArchRPhilos. VII, 225.

[28]) Das SchweizZ. enthält keine ausdrückliche Vorbehaltsklausel. Selbstverständlich wird aber dadurch

unwirksam erklären? Ich glaube kaum, daß ein solches Urteil den Beifall der deutschen Jurisprudenz finden würde. Und doch könnte sich das schweizerische Gericht bei seiner Entscheidung auf das Urteil des RG. vom 2. Oktober 1912 berufen.[29]) Die unterstellte Entscheidung des schweizerischen Gerichts löst die Empfindung aus, daß das RG. das Schongebiet des eigenen Rechts unrichtig begrenzt hat.

IV. Der Weg, den die hier besprochene RG.-Entscheidung und in neuerer Zeit leider manche Entscheidungen unserer höheren Gerichte[30]) eingeschlagen haben, führt zu dem längst überwundenen lex-fori-Prinzip Wächters zurück. Und wozu dann überhaupt ein internationales Privatrecht?

Zur Auslegung des Art. 92 Ziff. 1 des bayerischen Forstgesetzes.[1])

Von Landgerichtsrat Dr. **August Mayer** in Memmingen.

I.

Auf einem von jeher als Wald bewirtschafteten Grundstücke befand sich eine Oedung; sie war durch Kahlhieb entstanden und hatte mehrere Jahre brach gelegen; durch Samenanflug waren einzelne Gebüsche entstanden. Quer durch das Grundstück führte ein Weg, der nach einer Biegung an einer Wiese vorbeiführte; der Eigentümer dieser Wiese hatte seit langem, um den kaum 100 m betragenden Umweg zu ersparen, von dem Wege weg durch den Wald sein Vieh auf jene Wiesen getrieben. Der Eigentümer des Waldgrundstückes erkannte dieses Triebrecht an.

Vor kurzem wurde die Oedung im Auftrage des zuständigen Forstamtes aufgepflanzt durch Einsetzen von Pflanzen, die im Herbste 1913 höchstens 5 Jahre alt waren. Der Wieseneigentümer trieb sein Vieh auch durch die Pflanzung; der Waldeigentümer zog entlang dem Wege einen Drahtzaun, um das Betreten seiner Anpflanzung zu verhindern; der Wieseneigentümer beseitigte diesen Zaun oder ließ ihn beseitigen und trieb sein Vieh nach wie vor durch.

Vom Forstrüge- und vom Berufungsgerichte wurde er hiewegen auf Grund des Art. 92 Ziff. 1 ForstG. in Strafe genommen, obwohl er geltend gemacht hatte, daß er ein Triebrecht besitze, also befugt sei, sein Vieh über jene Waldgrundstücke zu treiben.

II.

Art. 92 Ziff. 1 ForstG. bestraft: „Das Fahren außer den erlaubten Waldwegen oder den in den Schlägen angewiesenen Holzabfuhrwegen — das unerlaubte Holzschleifen oder Holzstürzen — das unbefugte Betreten künstlicher Ansaaten oder Pflanzungen unter 6 Jahren und besonders das Betreten derselben mit Pferden oder anderem Vieh."

Die Auslegung dieser Vorschrift war von jeher bestritten. Die Beziehung des „unbefugten" bloß zu „Betreten" oder auch zu „Betreten . . . mit Pferden oder anderem Vieh" bildete den Gegenstand des Zweifels. War nur das unbefugte Betreten mit Pferden und Vieh verboten, so konnte ein Betreten mit Pferden und Vieh auf Grund eines Fahrt- oder Triebrechtes nicht strafbar machen, weil es sich um ein befugtes Betreten . . . handelte. Der Kommentar zum Forstgesetz von Brater in Dollmanns Gesetzgebung Bayerns 1855, Teil 2, Bd. 1, S. 558, Art. 91 Anm. 3 spricht nur von „unbefugtem Viehtriebe". Roth, Handbuch des Forstrechtes, 1863, S. 436, erwähnt bei Besprechung der Waldweide das „unbefugte Betreten . . . mit Vieh"; dazu ebendort S. 439 oben.

Die Fahrt- und Triebberechtigten, denen eine Bestrafung auf Grund des Art. 92 Ziff. 1 drohte, haben von jeher diesen Einwand geltend gemacht. Die Rechtsprechung von mindestens 40 Jahren hat ihn jedoch für unbeachtlich erklärt: ObGH. Bd. VII S. 501; Bd. IX S. 408 (mit weiteren Verweisungen); OLG. München Bd. I S. 259; Bd. IV S. 89; Bd. VI S. 1; ObLG. Bd. IV S. 122 und 389; Bd. VI S. 332; Bd. X S. 154. Auch der Kommentar von Ganghofer-Weber zum Forstgesetz für das Königreich Bayern (4. Auflage, 1904, S. 292 Anm. 5—7) huldigt der gleichen Anschauung.

In neuerer Zeit haben sich Stimmen gegen diesen Standpunkt bemerkbar gemacht. Das LG. Würzburg hatte als Berufungsinstanz einen Rechtsstreit über Ersitzung eines Fahrtrechtes über ein Waldgrundstück zu entscheiden (F I 55/07); der Beklagte hatte eingewendet, der Kläger sei als Forstberechtigter an die forstpolizeilichen Bestimmungen des Forstgesetzes, also auch an Art. 92 Ziff. 1 ForstG. gebunden, deshalb könne er erst nach Ablauf von 6 Jahren seit der Bepflanzung Klage auf Einräumung des Fahrtrechtes stellen. Das Urteil vom 31. Januar 1908 führt aus: . . . „Waldeigentümer und Nutzungsberechtigte haben ihre Rechte so auszuüben, daß sie nebeneinander bestehen können und daß die Gerechtsame des letzteren in ihrem bestimmten Maße soweit aufrecht erhalten wird, daß das Recht des Eigentümers auf Erhaltung des Waldes nicht leidet . . . Die Servitut ist insoweit beschränkt, als durch die Art ihrer Ausübung das Fortbestehen des Waldes nicht gefährdet werden darf, jedoch nicht in einem weiteren Umfange . . . . Willkürliche, auf dauernde Ent-

nicht die schrankenlose Anwendung sämtlicher ausländischen Privatrechte zugelassen. Vgl. auch den Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch von Egger, Escher usw. VI (Reichel) S. 150 (oben).

[29]) Man darf nie vergessen, daß engherzige Entscheidungen unserer Gerichte auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts stets entsprechende Entscheidungen ausländischer Gerichte auslösen.

[30]) Zitate bei Niemeyer, NiemeyersZ. XIX, 516.

[1]) Vgl. hiezu die Entsch. auf S. 329 dieser Nummer.

ziehung der Servitut berechnete Kulturen sind ausgeschlossen (Seuff. Archiv Bd. 49 Nr. 7 und Bd. 42 Nr. 19)".[1])

Daraus zieht es den Schluß: „Der Kläger muß sich deshalb gewisse, forstwirtschaftlich notwendige Beschränkungen seines Fahrtrechts unter Umständen gefallen lassen; das Recht der Beklagten reicht aber nicht soweit, durch willkürliche Neubepflanzung des Waldstreifens das Fahrtrecht des Klägers illusorisch zu machen" und fügt bei, daß das BGB. keine Vorschrift enthalte, „daß die Ausübung einer Dienstbarkeit unter gewissen Voraussetzungen zeitweise ruhen müsse"; unter Art. 115 EG. BGB. fällt Art. 92 Ziff. 1 nicht; „denn dem Fahrtberechtigten bleibt das Recht, seine Rechte auf das Fahrtrecht geltend zu machen, wenn es durch willkürliche Maßnahmen des Waldbesitzers beeinträchtigt oder vereitelt wird."

Das LG., das es mit der Feststellung des *Bestandes* eines Fahrtrechtes zu tun hatte, mißbilligt somit nur die durch willkürliche Anpflanzung herbeigeführte Beeinträchtigung der Dienstbarkeit.

Weiter geht eine Abhandlung in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1908 S. 113; dort wird das Ergebnis, „daß Fahrt- und Triebrechte 6 Jahre lang ruhen sollen" als unannehmbar bezeichnet und behauptet: „Das Verbot des Art. 92 Ziff. 1 ForstG. hat einen geringeren Umfang und es bleibt nichts übrig, als der Vorschrift die Auslegung zu geben, daß nur das *unbefugte* Betreten mit Vieh verboten sei"; der Waldeigentümer könne seine Interessen nach §§ 1020, 1023 BGB. wahren.

Dann greift die Abhandlung tiefer; sie stellt fest, daß seit der Geltung des neuen bürgerlichen Rechtes jede Grunddienstbarkeit im Reichsrechte wurzele, im Reichsrechte sich aber keine Vorschrift finde, aus der geschlossen werden könnte, daß eine Grunddienstbarkeit infolge der Anlegung einer Forstpflanzung jahrelang ruhe. Ein Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung bestehe nicht. Art. 113 EG. BGB. halte zwar die landesgesetzlichen Vorschriften über Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten aufrecht; dadurch sei der Landesgesetzgebung gestattet, die einzelnen Dienstbarkeiten einzuschränken, weshalb auch eine zeitweilige Hemmung von erträglicher Dauer zulässig sei; unter den Begriff der Einschränkung falle aber nicht mehr eine Einwirkung von der Stärke, daß eine Grunddienstbarkeit 6 Jahre lang ruhen müsse; dadurch werde, wenn auch in zeitweiliger Beschränkung, der ganze Rechtsinhalt aufgehoben. Art. 115 EG. BGB. räume der Landesgesetzgebung nicht die Befugnis ein, Grunddienstbarkeiten Jahrelang ruhen zu lassen. Der Aufsatz folgert, daß die bisherige Rechtsprechung, besonders die Entscheidung des ObLG. in Bd. IV S. 389, dem Reichsrechte widerspreche und nicht durch einen Vorbehalt getragen werde.

Auch Meisner, (Nachbarrecht 1910 S. 333 Fußnote 3) erwähnt diese beiden Gegner, scheint sich aber auf den Standpunkt der bisherigen Rechtsprechung zu stellen (siehe Fußnote 4).

Umso entschiedener wendet sich Schiedermair, (strafrechtliche Nebengesetze Bayerns, 1912) gegen diese Rechtsprechung; S. 219 lit. e (dazu Fußnote 4) wird der Satz ausgesprochen, daß ein Fahrtrecht nicht dadurch beseitigt werden kann, daß auf dem Boden, auf dem es besteht, eine Ansaat oder eine Pflanzung nach Art. 92 Ziff. 1 ForstG. angelegt wird; auch S. 274 Anm. 5 wird ausgesprochen: „Das Betreten der künstlichen Ansaaten und Pflanzungen mit Pferden und anderem Vieh ist . . . nur verboten, wenn es *unbefugt* erfolgt und die Ansaaten und Pflanzungen unter 6 Jahre alt sind . . . (anders unter Verkennung des zweifelsfreien Wortlautes des Gesetzes . . . die Rechtsprechung)."

III.

Dennoch scheint die bisherige Rechtsprechung allein dem *Zwecke* des Art. 92 Ziff. 1 ForstG. gerecht zu werden.

1. Das bayerische Forstgesetz ist nicht bloß ein Strafgesetz für Forstsachen, sondern in erster Linie eine Forstordnung, ein Polizeigesetz. Unter Anwendung staatlichen Zwanges soll in der Waldwirtschaft durchgeführt werden, was durch das öffentliche Wohl geboten ist. Dieser staatliche Zwang äußert sich teils in Vorschriften der Forstpolizeibehörden, teils unmittelbar in Strafvorschriften. Er wendet sich gegen den Eigentümer wie gegen Dritte. Deshalb bestimmt Art. 1 ForstG.: „Jedem Waldbesitzer steht die freie Benützung und Bewirtschaftung seines Waldes zu vorbehaltlich der Rechte Dritter *und der Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes*." In Art. 6—22, 34—47 und anderwärts finden sich Beschränkungen des Waldbesitzers, in Art. 23 ff. und anderwärts solche des Drittberechtigten. Art. 23 Abs. I ForstG. bindet den Forstberechtigten bei der Ausübung seiner Berechtigung an die genaue Befolgung der *forstpolizeilichen* Bestimmungen des Forstgesetzes.

2. Der Inhalt des Begriffes „Forstberechtigung"

[1]) Bd. 42 S. 27 betrifft eine Hut- und Mastgerechtigkeit: . . . . „In Doktrin und Rechtsprechung ist es unbestritten anerkannt, daß alle an Waldungen bestehenden Servituten . . . . in ihrer Ausübung den Forstverordnungen und der Forsthoheit unterworfen sind . . . . Der Berechtigte muß sich notwendige, forstwirtschaftliche Beschränkungen immer gefallen lassen . . . . willkürliche, auf dauernde Entziehung berechnete Kulturen sind ausgeschlossen . . ."

Bd. 49 S. 9 betrifft ein Beholzungsrecht. Das Reichsgericht (Urteil vom 28 April 1893, III 12/93) führt aus: . . . . „Der Waldeigentümer wird durch ein Beholzungsrecht an der Vornahme zweckmäßiger Forstkulturen nicht gehindert, soferne diese der Erhaltung des Waldes dienen. Es liegt in der Natur der Sache und ergibt sich aus Gründen des öffentlichen Wohles, daß das Waldeigentum wirtschaftlich behandelt werden muß. Deshalb ist jede am Wald haftende Dienstbarkeit solchen Einschränkungen unterworfen, welche mit der Ausübung der Servitut verträglich sind und dem Waldeigentümer einen billigen Nutzen belassen."

steht nicht unanfechtbar fest (s. Ganghofer-Weber a. a. O. S. 82—85, 134 Anm. 3; Brater a. a. O. S. 438). In der Regel werden die Forstberechtigungen für Dienstbarkeiten erklärt. Dernburg (Pandekten, 4. Aufl. Bd. I S. 593 Ziff. 3) bezeichnet sie als „Servituten", Roth (Handbuch a. a. O. S. 319 § 311) kurz als „Waldservituten"; Becher (bayerisches Landeszivilrecht 1896 Bd. I S. 631) erklärt unter der Ueberschrift „Die Forstdienstbarkeiten" das bayerische Forstgesetz für anwendbar auf alle Arten von Forstdienstbarkeiten, aber auch nur auf solche Dienstbarkeiten, die an einem Walde begründet sind. Ebenso Meisner a. a. O. S. 362 Ziff. I und 363 Ziff. III, auch eine Abhandlung in der BayZfR. 1907 S. 205 Ziff. I 1. Im engeren Sinne wird der Begriff ausgelegt von Schiedermair (a. a. O. S. 215, allgemeine Bemerkungen unter Ziff. V 2), wo unter Forstrecht nur das dingliche Recht auf Nutzung von Walderzeugnissen verstanden wird.

Ein Trieb- oder Fahrtrecht an einem Waldgrundstücke mag nicht ein Forstrecht im engeren Sinne darstellen; die Belastung des Waldgrundstückes mit einem solchen Rechte äußert jedoch die gleichen einschneidenden Wirkungen auf die forstmäßige Bewirtschaftung des Waldgrundstückes; es rechtfertigt sich daher jedenfalls die Annahme, daß die Vorschriften des Forstgesetzes mindestens auf dem Wege des Aehnlichkeitsschlusses auch auf eine solche Belastung des Waldgrundstückes anzuwenden sind.

Forstberechtigungen können nun den Waldeigentümer an der nachhaltigen Bewirtschaftung des Waldes nicht hindern (Art. 24 ForstG.); Forstberechtigungen, welche die nachhaltige Bewirtschaftung des Waldes beeinträchtigen, sind auf Antrag des Verpflichteten für einen bestimmten Zeitraum zu ermäßigen (Art. 25 Abs. I ForstG.).

3. Die Hebung und Erhaltung des Waldbestandes galt von jeher als eine im öffentlichen Interesse gelegene Aufgabe (vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht, 1896 Bd. II S. 326, insbesondere 330). Frühzeitig hat der Staat sogar Belohnungen ausgesetzt, um durch Aufforstung von Oedflächen eine Vermehrung des Waldbestandes herbeizuführen (Ganghofer-Weber, a. a. O. S. 21 Anm. 4). Er war aber auch auf Erhaltung des Waldbestandes bedacht. Nach Art. 41 Abs. I ForstG. müssen die der Holzzucht zugewendeten Grundstücke stets im Holzbestand erhalten und dürfen nicht abgeschwendet werden. Art. 42 Abs. I ForstG. befiehlt die Aufforstung kulturfähiger Waldblößen; der erst 1908 geschaffene Art. 42 b Abs. II ForstG., ferner Art. 78 Abs. II ForstG. treffen Vorsorge für Wiederherstellung des Waldes nach erlaubtem und unerlaubtem Kahlhieb usw.; Art. 42 Abs. II ForstG. ermächtigt die Forstpolizeibehörde, dem Waldeigentümer eine Frist zur Wiederaufforstung zu setzen; nach Ablauf der Frist erfolgt Strafeinschreitung nach Art. 77 Ziff. 1 ForstG. und Aufforstung auf Kosten des Säumigen durch das Forstamt.

Wir sehen also: auf der einen Seite rechnet das Gesetz mit der Zulässigkeit der Beeinträchtigung einer Dienstbarkeit, auf der anderen Seite sorgt es für wirksamen Einfluß auf den Eigentümer: beides im öffentlichen Interesse. „Privatrechte gewähren schon begrifflich keinen Schutz gegenüber öffentlich rechtlicher Tätigkeit des Staates. Zudem gibt das Gesetz, indem es die Ermächtigung zu Polizeivorschriften gibt, stillschweigend die Befugnis, die dadurch veranlaßte Hemmung der Privatrechte herbeizuführen. Dieser Standpunkt ist von der Rechtsprechung stets festgehalten worden" (Schiedermair a. a. O. S. 70 Anm. 2 und Fußnote 1, dazu die dort angegebene Literatur und Rechtsprechung).

Privatrechte müssen also dem öffentlichen Interesse weichen (SeuffA. Bd. 27 Nr. 209 S. 334; Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 26. März 1860 im RegBl. 1860 S. 362 besonders S. 368 oben).

4. Dieser Rechtszustand ist durch Einführung des BGB. nicht verändert worden.

Art. 55 EG. BGB. beseitigt nur die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze, soweit nicht im BGB. oder im Einführungsgesetz etwas anderes bestimmt ist. Oeffentlich-rechtliche Vorschriften der Landesgesetze sind nicht berührt worden, insbesondere gilt dies von den landesrechtlichen Forstgesetzen, die durch § 2 Abs. II EG. StPO. vom 31. Mai 1870 ausdrücklich in Wirksamkeit erhalten worden sind (dazu Art. 3 Ziff. 5 AG. StGB. vom 18. August 1879). Selbst wenn man aber diese Vorschriften ausdrücklich nur auf strafrechtliche Bestimmungen des bayerischen Forstgesetzes beziehen wollte, bestehen doch noch Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung, welche auch über die eigentlichen Strafbestimmungen hinaus landesgesetzliche Einwirkungen auf Privatrechte gestatten und die bezüglichen Bestimmungen des bayerischen Forstgesetzes decken.

Ob gerade auf Art. 113 EG. BGB. zurückzugreifen ist (BayZfR. 1908 S. 114), erscheint fraglich. Diese Bestimmung hält die landesgesetzlichen Vorschriften über Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung von Dienstbarkeiten aufrecht. Aus dem Zusammenhalte mit dem sonstigen Inhalte des Artikels und aus der Bemerkung der Motive z. EG. BGB. S. 162, daß das Agrar-Recht von der Regelung durch das BGB. ausgeschlossen werden wollte, könnte ein gewichtiger Einwand dagegen entnommen werden.

Auch Art. 115 EG. BGB. wird schon von der Abhandlung in BayZfR. 1908 S. 115 und dem oben angegebenen Urteil des LG. Würzburg abgelehnt, von beiden freilich mit einer Begründung, die nicht für durchschlagend erachtet werden kann. Art. 115 EG. läßt die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft, welche die Belastung des Grundstückes mit gewissen Grunddienstbarkeiten untersagen oder beschränken, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Inhalt und das Maß solcher Rechte

näher bestimmen. Diese Vorschrift deckt vielleicht den Art. 33 ForstG., wonach seit dem 2. April 1852 neue Forstberechtigungen (im engeren Sinne: Ganghofer-Weber S. 134 Anm. 3) nicht mehr erworben werden können, wonach also die Belastung von Waldgrundstücken mit solchen Dienstbarkeiten untersagt ist (dazu Art. 86 AG. BGB. Motive z. BGB. Bd. III S. 480 Ziff. 6), aber weiter kann sie nicht einschlagen, denn das Forstgesetz untersagt und beschränkt nicht allgemein Dienstbarkeiten an Waldgrundstücken; es stellt auch keine Regeln über Inhalt und Maß solcher Rechte auf.

Dagegen dürften Art. 109 und 111 EG. BGB. hieher Bezug haben. Nach Art. 111 a. a. O. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken. Nach Art. 109 a. a. O. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Beschränkung des Eigentums und von Rechten.

Unter Beschränkung des Eigentums werden die oben erwähnten Beschränkungen des Eigentümers des Waldgrundstückes (Art. 1 ff., 34 ff. ForstG.) fallen. Die Motive zu Art. 111 (S. 192) erwähnen ausdrücklich die Forstordnungen und erklären: „Der Vorbehalt bezieht sich nur auf solche Vorschriften, durch welche das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränkt wird. Dahin gehören namentlich die Beschränkungen rücksichtlich . . . . . der Waldkultur."

Der Vorbehalt in Art. 109 a. a. O. ist nach Planck, Kommentar zum BGB. N. 1, „im weitesten Sinne auszulegen"; auch nach Fischer-Henle, BGB. N. 1 umfaßt der Vorbehalt die Enteignung im weitesten Sinne. Das Wort „Enteignung" könnte einen Stein des Anstoßes bilden. Aber wenn durch einen öffentlich-rechtlichen Akt der Staatsgewalt auf Grund öffentlichen Interesses ein Dienstbarkeitsberechtigter zeitweilig in seinem Rechte beschränkt und aus dem gleichen Grunde der Eigentümer eines Waldgrundstückes zeitweilig minder belastet wird, so liegt eine teilweise Entsetzung des Dienstbarkeitsberechtigten zugunsten des Waldeigentümers und damit eine Enteignung vor (vgl. RGE. 61, 102 [105], die allerdings die Enteignung von Grundstücken betrifft). Hartmann, Gesetz über die Zwangsabtretung, Einleitung, § 1, bestimmt den Begriff des Enteignungsrechtes als „die Berechtigung der Staatsgewalt, im Interesse des Ganzen in die individuelle Rechtsphäre einzugreifen, die Aufopferung der Einzelrechte für die Gesamtheit zu fordern und diese Forderung im Wege des Zwanges zu verwirklichen". Das Forstgesetz kennt sogar eine Art Enteignungsverfahren der Forstpolizeibehörde und auch eine Entschädigung des in seinem Rechte Betroffenen ist vorgesehen (Art. 25 ff.).

Diese landesgesetzlichen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Beschränkung von Rechten sind nach Art. 3 EG. BGB. in Kraft geblieben; es besteht daher der Satz des Art. 24 ForstG. nach wie vor zu Recht, daß „Forstberechtigungen den Waldbesitzer in der nachhaltigen Bewirtschaftung des Waldes nicht hindern können".

IV.

Einer solchen Beschränkung gibt nun Art. 92 Ziff. 1 ForstG. Ausdruck, freilich nicht mit der sprachlichen Deutlichkeit, wie sie von neuen Gesetzen verlangt wird. Art. 92 Ziff 1 will nämlich den Bestand des Waldes schützen, deshalb verbietet er das Fahren außerhalb der Wald- und Holzabfuhrwege usw.

Er will auch die Verjüngung und den Aufwuchs des Waldes schützen, deshalb verbietet er weiter

a) das unbefugte Betreten künstlicher Ansaaten oder Pflanzungen unter 6 Jahren,
b) „besonders" das Betreten derselben (das ist der künstlichen Ansaaten und Pflanzungen unter 6 Jahren) mit Pferden oder anderem Vieh.

Der Unterschied ist einleuchtend, wenn man nicht bloß den Wortlaut, sondern auch den Zweck der Vorschrift im Auge behält. Das Betreten der Pflanzungen durch Menschen schädigt den Bestand des künftigen Waldes nur unerheblich; das befugte Betreten ist deshalb gestattet; Eigentümer und Berechtigte werden nicht beschränkt, nur das unbefugte Betreten wird verboten. Das Betreten der jungen Pflanzung mit Pferden und anderem Vieh (man denke an Weidevieh) ist mit erheblicher Gefahr für den Bestand des künftigen Waldes verknüpft; deshalb ist es allgemein, ohne Rücksicht auf die etwaige Befugnis, also auch für den Eigentümer verboten.

Das Wort „besonders" im Gesetzestext (siehe oben lit. b) wirkt störend; es scheidet nach den Anforderungen die wir heute an die Gesetzessprache stellen, nicht scharf genug; der Gebrauch des Wortes ist wohl beeinflußt durch den Wunsch, der Steigerung der Gefahr Ausdruck zu geben: „Unbefugtes Betreten der Menschen . . . besonders aber das Betreten mit Pferden und Vieh". Das „Unbefugt" gehört nur zum ersten Tatbestande (oben lit. a).

Durch Art. 92 Ziff. 1 ForstG. wird also in dem in Ziff. I geschilderten Falle dem Inhaber des Triebrechts auf einige Zeit die Ausübung, nicht auch der Bestand des Triebrechts beschränkt. Bei Ansaaten kann diese Beschränkung bis zu 6 Jahren dauern, bei Pflanzungen wird die Unterbrechung geringer sein, weil die Setzlinge schon mindestens 3 Jahre alt sein werden.

Das in Ziff. II angeführte Urteil des LG. Würzburg vom 31. Januar 1908 scheint dem Waldeigentümer diesen Schutz versagen zu wollen, wenn er „durch willkürliche Neupflanzung des Waldstreifens das Fahrtrecht (des Berechtigten) illusorisch macht".

Das Wort „Willkür" wird aber nach dem Ausgeführten nur in seiner engsten Bedeutung auszulegen sein, nur etwa in dem Sinne, dem z. B. § 226 und 826 BGB. Ausdruck verleihen. Das Gesetz stellt das Interesse der Waldwirtschaft obenan; die Aufforstung, die Erhaltung des Waldes ist das Ziel; der Waldeigentümer muß aufforsten; unterläßt er es, wird er gestraft und das Forstamt forstet auf seine Kosten auf (Art. 41, 42, 77 ForstG.). Für eine „Willkür" bleibt somit kaum ein Spielraum (siehe dazu § 2 Abs. III, § 3 Abs. I der Vollzugsvorschriften vom 18. Juli 1896 zum Forstgesetz).

Eine solche Beschränkung scheint für den Dienstbarkeitsberechtigten hart, bei näherem Zusehen ist sie es nicht. Triebrechte und auch Fahrtrechte werden selten ausgeübt, sind auf gewisse Zeiten und Gelegenheiten beschränkt. Die Ausübung des Triebrechts, besonders, wie es häufig gemacht wird, kreuz und quer durch den Wald, würde den Waldeigentümer hindern, für den Waldnachwuchs zu sorgen; mit der Zeit müßte das Waldgrundstück eine Oedung werden, denn die Sämlinge und Setzlinge würden zertreten, und nur Baumkrüppel könnten durchkommen; gerade das will Art. 92 Ziff. 1 ForstG. verhüten.

Das Forstgesetz ist nicht so unbillig, wie es eingeschätzt zu werden scheint. Sowohl der Inhaber des Trieb- oder Fahrtrechtes wie der Waldeigentümer können sich nach Art. 23 Abs. II, 25 ForstG. (dazu § 2 Abs. V u. X, § 3 Abs. III u. X der Vollzugsvorschriften) an die Forstpolizeibehörden wenden, diese werden möglichst im Wege der Herbeiführung eines Abkommens unter den Parteien das Trieb- oder Fahrtrecht „beschränken", wohl einen bestimmten Trieb- oder Fahrtweg frei halten und den Berechtigten auf diesen Weg verweisen. Dazu wird umsomehr Anlaß bestehen, als nach Ablauf der Schutzfrist von höchstens 6 Jahren der junge Wald schon so herangewachsen sein kann, daß das Vieh sich scheut hinzutreten und deshalb das Oeffnen einer Gasse notwendig wird und mit Hilfe der Gerichte erzwungen werden kann, um das Trieb- oder Fahrtrecht ausüben zu können. Bei verständiger Haltung erleidet der Dienstbarkeitsberechtigte, wenn überhaupt Schaden, so jedenfalls keinen erheblichen Schaden; die Versagung der Einwilligung zur Rodung nach Art. 34 Ziff. 3 ForstG. gibt ihm ein Mittel in die Hand, um einen halsstarrigen Waldeigentümer seinen Wünschen willfährig zu machen.

Ergebnis: Die bisherige Rechtsprechung, die das Betreten einer Forstkultur unter 6 Jahren mit Pferden und Vieh überhaupt verbietet, widerspricht nicht reichsrechtlichen Bestimmungen, wird vielmehr dem Sinne des Forstgesetzes, dem Zwecke der Waldwirtschaft und dem berechtigten Interesse der Beteiligten gerecht.

Kleine Mitteilungen.

Einiges über Vollstreckungsklauseln der Notare. Die Vollstreckungsklauseln der Notare geben nicht selten Anlaß zu schwierigen Rechtsfragen. Da sich dies durch Genauigkeit bei der Erteilung von Vollstreckungsklauseln leicht vermeiden läßt und eine glatte und von Rechtszweifeln freie Erledigung der Geschäfte im Interesse aller Beteiligten liegt, möchte ich auf die hauptsächlichen vorkommenden Mängel kurz hinweisen.

1. Die Vollstreckungsklausel hat nach § 725 ZPO. zu lauten: „Vorstehende Ausfertigung wird dem N. N. zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt"; diese Worte, denen natürlich je nach Lage des Falles mehr oder weniger ergänzende Zusätze beigefügt werden müssen, gelten als der unabänderliche Inhalt jeder Vollstreckungsklausel. Trotzdem weichen die Notare, besonders bei Erteilung von Klauseln nach §§ 726 u. 727 ZPO., von dem ein für allemal festgestellten Wortlaut nicht selten ab. Von anscheinenden Schreibfehlern wie z. B. „zum Zwecke der Zwangs v e r s t e i g e r u n g erteilt" will ich absehen; es kommen auch sonst Ungenauigkeiten vor: bald heißt es „Vorstehende Ausfertigung wird nunmehr gegen X. erteilt" (fehlen die Worte „zum Zweck der Zwangsvollstreckung"); bald kann man lesen: „Vorstehende Vollstreckungsklausel wird hiemit auf den Y. u m g e s t e l l t", bald: „Vorstehende Vollstreckungsklausel g i l t nunmehr auch für das Kapital", bald[1]): „Vorstehende Ausfertigung wird nunmehr auch hinsichtlich des Kapitals für vollstreckbar erklärt". (Weitere hiemit verwandte Fälle siehe in Nr. 5).

In allen diesen Fällen wird der Vollstreckungsrichter vor die Frage gestellt, ob er die Klausel gelten lassen soll oder nicht. Läßt er sie nicht gelten, so hat er nicht selten das Gefühl, übertrieben formal gehandelt und dadurch den Beteiligten unnötige Schwierigkeiten gemacht zu haben; läßt er sie gelten, so läuft er Gefahr, daß hinterher die Zwangsvollstreckung für unwirksam erklärt wird; in der Regel wird er sich also für den „Formalismus" entscheiden und den Vollstreckungstitel zur Berichtigung der Klausel zurückgeben.

2. Der nach § 795 ZPO. für notarielle Urkunden entsprechend anwendbare § 726 ZPO. schreibt vor, daß von Urteilen (hier: notariellen Schuldurkunden), deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, eine vollstreckbare Ausfertigung nur dann erteilt werden darf, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunden geführt wird. Gegen diese Vorschrift wird von den Notaren manchmal verstoßen:

Wurde beispielsweise eine Schuldurkunde am 1. April 1913 errichtet und darin vereinbart, daß die Zinsen jeweils am 1. April zu entrichten sind und das Kapital bei Baugeldaufnahme, spätestens aber am 1. April 1916 fällig sein soll, so kann man nicht selten die schon nach wenigen Tagen erteilte Vollstreckungsklausel finden: „Vorstehende Ausfertigung wird dem N. N. zum Zweck der Zwangsvollstreckung erteilt", während es richtig nur heißen dürfte: „Vorstehende Ausfertigung wird dem N. N. zum Zweck der Zwangsvollstreckung hinsichtlich der jeweils fälligen Zinsen

[1]) In einem unverkennbaren Anklang an die bayerische l a n d e s rechtliche Vollstreckungsklausel der V e r w a l t u n g s behörden (Art. 6 AG. ZPO.).

und ab 1. April 1916 auch hinsichtlich des Kapitals erteilt" und eine schon vor dem 1. April 1916 wirksame Klausel auf das Kapital nur dann hergegeben werden dürfte, wenn die Tatsache der Baugeldaufnahme durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird.

Wird in einer Schuldurkunde vereinbart, daß die Schuldsumme bei Zinsrückstand sofort fällig wird, im übrigen aber erst nach halbjähriger Kündigung zurückbezahlt werden muß, so kann man ebenfalls nicht selten einer vollständig unbeschränkten Klausel begegnen, obgleich § 726 ohne den durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunden geführten Nachweis der Kündigung eine Vollstreckungsklausel auf das Kapital zweifellos nur insoweit gestattet, als der Fälligkeitsgrund der nicht-pünktlichen Zinszahlung in Frage kommt, was in der Klausel zum Ausdruck kommen müßte.

In einem kürzlich vorgekommenen Falle hatte sich eine Hypothekenbank bei der Hypothekbestellung die Geltendmachung der sofortigen Fälligkeit eines Annuitätenkapitals vorbehalten, „wenn ein dem Schuldner gehöriges Grundstück zum Zweck der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung beschlagnahmt oder wenn auch nur ein solches Beschlagnahmeverfahren eingeleitet wird". Nachdem die Bank angesichts eines Annuitätenrückstands im Schoße ihrer Direktion beschlossen hatte, gegen den Schuldner mit Zwangsvollstreckung vorzugehen, beantragte sie unter Berufung auf jene Vertragsbestimmung die Erteilung einer Vollstreckungsklausel auf das Kapital. Der Notar erteilte die Klausel — bloß auf Grund der Tatsache, daß ihm die Bank mitgeteilt hatte, daß sie das Zwangsversteigerungsverfahren wegen rückständiger Annuitätenbeträge eingeleitet habe; er hätte dies m. E. ohne den in öffentlicher Form geführten Nachweis der Richtigkeit dieser Behauptung nicht tun dürfen; der Nachweis wäre allerdings in diesem Zeitpunkt wohl kaum erbringbar gewesen, weil die Bank bei Erteilung der Vollstreckungsklausel noch keinen Beschlagnahmeantrag bei Gericht eingereicht hatte; (der Fall wurde dann in der Weise erledigt, daß die Bank zunächst die Beschlagnahme wegen der rückständigen Annuitätenrate erwirkte, sich dann auf Grund des hiermit geführten Nachweises der Beschlagnahme eine neue Klausel auf das Kapital erteilen ließ und dann für das Kapital ihre Zulassung zum Beitritt beantragte).

3. Wo die Notare das Vorliegen der Voraussetzungen des § 726 erkennen und deshalb die Vollstreckungsklausel erst erteilen, wenn ihnen der erforderliche Nachweis durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunden geführt wird, desgleichen in dem ganz gleichartig gelagerten Fall der Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO., kann man nicht selten beobachten, daß der Notar als Ziffer I eine umfangreiche Feststellung bringt, die den gesamten einschlägigen Inhalt der vorgelegten öffentlichen Urkunde wiedergibt und dann in einer nachfolgenden Ziff. II die Vollstreckungsklausel nicht auf Grund der ihm vorgelegten öffentlichen Urkunde selbst, sondern auf Grund seiner vorausgegangenen Feststellung erteilt. Ich bin mir nicht klar, ob dieses Verfahren auf eine Ungenauigkeit des Ausdrucks zurückzuführen ist oder auf das Bestreben, dem Gläubiger die in § 750 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebene Zustellung der öffentlichen Urkunde zu ersparen, wobei dann das geschilderte Verfahren auf dem Gedankengang beruhen würde, daß als die der Klauselerteilung zugrunde liegende öffentliche Urkunde eben nicht mehr die dem Notar *vorgelegte Urkunde*, sondern die der Vollstreckungsklausel vorausgeschickte *Feststellung* zu betrachten sei. Ich will über diese Rechtsmeinung, die den Bedürfnissen des Verkehrs ja sicherlich entgegenkommen würde, nicht unbedingt den Stab brechen; daß sie aber zum mindesten sehr anfechtbar ist, kann wohl keinem Zweifel unterliegen; die Notare haben denn auch mit dieser Praxis beim Münchener Vollstreckungsgericht bisher wenig Gegenliebe gefunden.

4.[4]) Hat eine Frauensperson nach Errichtung der Schuldurkunde ohne Abschluß eines Ehevertrags geheiratet oder ist eine Rechtsnachfolgeklausel gegen eine im gesetzlichen Güterstand lebende schuldnerische Ehefrau zu erteilen, so wird sehr häufig übersehen, daß in das eingebrachte Gut nur vollstreckt werden kann, wenn ein Duldungstitel gegen den Ehemann vorliegt. Gibt man dann dem Gläubiger den Vollstreckungstitel zur Beibringung der Duldungsklausel zurück, so beschreitet er fast regelmäßig den kostspieligen und umständlichen Weg der Duldungsklage oder der Erwirkung eines vollständig neuen notariellen Duldungstitels gegen den Ehemann, obwohl § 742 ZPO. ermöglichen würde, den Vollstreckungstitel einfach in der Weise zu ergänzen, daß man der schon vorhandenen, gegen die Ehefrau gerichteten Vollstreckungsklausel noch eine weitere Klausel gegen den *Ehemann* anfügt des Wortlauts: „Vorstehende Ausfertigung wird dem N. N. auch zum Zweck der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Schuldnerin gegen den zur Duldung der Vollstreckung verpflichteten Ehemann X als Duldungsschuldner erteilt."[5]) Dieses einfache und billige Verfahren wird häufig selbst dann nicht eingeschlagen, wenn der Richter in der Aufforderung zum Nachbringen der fehlenden Duldungsklausel ausdrücklich darauf hinweist, daß § 742 ZPO. in Frage kommt; in einigen Fällen dieser Art habe ich durch Befragen des Gläubigers erfahren, daß sich der Notar sogar ausdrücklich geweigert hat, eine Klausel dieser Art zu erteilen, weil er § 742 ZPO. nicht für anwendbar hielt.

Diese m. E. irrige Ansicht beruht offenbar darauf, daß § 742 ZPO. nur von Rechtsstreiten und Urteilen spricht; er ist aber gemäß § 795 ZPO. für notarielle Schuldurkunden entsprechend anwendbar und hätte hiefür mutatis mutandis etwa folgendermaßen zu lauten: „Ist der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung . . . . . . erst eingetreten, nachdem die Ehefrau Berechtigte oder Verpflichtete aus einer notariellen Schuldurkunde geworden ist, so finden auf die Erteilung einer in Ansehung des eingebrachten Gutes der Ehefrau vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde für

[4]) Die nachstehenden Ausführungen behandeln nur den Fall des gesetzlichen Güterstandes, gelten aber, wie § 742 ZPO. ersehen läßt, mutatis mutandis auch für die übrigen Güterstände.

[5]) Geht die Tatsache der Verehelichung und damit die Duldungsrechtsnachfolge des Mannes nicht aus dem Grundbuch hervor, so wird diese Klausel allerdings nur erteilt werden können, wenn die Verehelichung durch öffentliche Urkunden (Heiratsurkunde) nachgewiesen wird oder sonstwie offenkundig ist; die öffentliche Urkunde oder die Offenkundigkeit ist dann in der Klausel zu erwähnen und die öffentliche Urkunde vor Beginn der Vollstreckung zuzustellen (§§ 727, 750 Abs. 2 ZPO.).

oder gegen den Ehemann die Vorschriften der §§ 727, 730—732 entsprechende Anwendung."

Nun ist allerdings zuzugeben, daß sich auch bei diesem Wortlaut über die Anwendbarkeit des § 742 wenigstens dann streiten läßt, wenn die Frau bei Eintritt der Rechtsnachfolge bereits verheiratet ist. Diese Streitfrage ist aber für den bayerischen Praktiker dadurch gelöst, daß sich das Oberste Landesgericht in seinem Rechtsgutachten vom 20. Oktober 1909 (abgedruckt im JMBl. S. 511) auf den Standpunkt gestellt hat, daß im Falle des § 800 ZPO. und der Art. 127, 128 AG. ZPO. „der Mann mit dem Eintritte des Grundstücks in das güterrechtliche Verhältnis in Ansehung der sich aus diesem Verhältnis ergebenden Rechte mithaftender Rechtsnachfolger der Frau" wird, und dann später ausdrücklich erklärt, daß § 742 (entsprechende) Anwendung findet, „wenn die Frau die Hypothek vor dem Eintritt des Güterstandes bestellt oder das mit der Hypothek belastete Grundstück vor diesem Zeitpunkt oder während des Bestehens des Güterstandes erworben hat". Hienach kann in allen diesen Fällen ohne weiteres eine Duldungsklausel gegen den Ehemann erteilt werden. Hat die Frau das mit der Hypothek belastete Grundstück erst während des Bestehens des Güterstandes erworben, so tut man selbstverständlich gut, bei Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel die Klausel gegen den Mann mit der Klausel gegen die Frau sogleich zu verbinden, so daß die Klausel zu lauten hat: „Auf Grund des Eintrags im Grundbuch wird vorstehende Ausfertigung dem N. N. nunmehr (in Ansehung der Hypothek) zum Zweck der Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau X als nunmehrige grundbuchmäßige Grundstückseigentümerin und deren zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verpflichteten Ehemann X als Duldungsschuldner erteilt."

5. Soweit im vorstehend geschilderten Falle die Notare nachträglich eine Duldungsklausel gegen den Ehemann erteilten, habe ich mehrfach die schon in Nr. 1 besprochene Wahrnehmung gemacht, daß sich die Notare bei Erteilung der Klausel nicht an die gesetzlich vorgeschriebenen Worte halten. So habe ich schon die „Duldungsklausel" gelesen: „Der Ehemann X ist zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet" oder „Der Ehemann X hat die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut zu dulden"; dies sind zweifellos keine rechtsgültigen Vollstreckungsklauseln; denn jene Worte enthalten nur eine Feststellung des Rechtsverhältnisses, auf dessen Grundlage die Klausel erst zu erteilen wäre.

Auch folgende „Duldungsklausel" ist mir schon begegnet: „Die Vollstreckungsklausel wird auf den zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichteten Ehemann X ausgedehnt"; gegen die Rechtsgültigkeit dieser Fassung bestehen zum mindesten ganz erhebliche Bedenken.

6 Werden die Zins- und Zahlungsbestimmungen einer schon seit längerer Zeit bestehenden notariellen Schuldurkunde nachträglich geändert, so bedienen sich die Notare häufig nicht der Form der notariellen Urkunde, sondern der Unterschriftsbeglaubigung, die ja zur Eintragung der neuen Zins- und Zahlungsbestimmungen ins Grundbuch genügt. Dabei bedenken sie aber nicht, daß der Gläubiger auf diese Art keinen Vollstreckungstitel für die neuen Zins- und Zahlungsbestimmungen erhält, und daß durch die neue Vereinbarung unter Umständen[4]) sogar der ursprüngliche Vollstreckungstitel mehr oder weniger außer Kraft gesetzt wird, mit der Wirkung, daß daraus zwar formell auch fernerhin vollstreckt werden kann, der Gläubiger aber jederzeit der Gefahr der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. ausgesetzt ist.

In einzelnen Fällen habe ich auch beobachtet, daß der Notar auf Grund der in der notariell beglaubigten Abänderungsurkunde vereinbarten Fälligkeit des Kapitals zu der ersten Urkunde eine Vollstreckungsklausel auf das Kapital erteilte; dieses Verfahren halte ich nur für zulässig, wenn dieser Fälligkeitsgrund schon in der ersten Urkunde vorgesehen war und durch die zweite nur sein Eintritt festgestellt werden sollte, nicht aber dann, wenn durch das zweite Schriftstück ein völlig neuer Fälligkeitsgrund geschaffen wurde; denn es ist wohl selbstverständlich, daß aus jedem Vollstreckungstitel nur insoweit vollstreckt werden kann, als der Inhalt des Titels selbst die materielle Grundlage für die Vollstreckung bildet, nicht aber insoweit, als diese Grundlage auf Verhältnissen beruht, die vollständig außerhalb des Vollstreckungstitels liegen.

In allen diesen Fällen empfiehlt es sich also dringend, die Zins- und Zahlungsbestimmungen in Form der notariellen Schuldurkunde mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung abzuändern und dann die Vollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung dieser notariellen Abänderungsurkunde (je nachdem in Verbindung mit der vollstreckbaren Ausfertigung der ersten Urkunde) zu betreiben.

Amtsrichter Dittrich in München.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

§§ 335 f., 342 HGB.; stille Gesellschaft oder Darlehensvertrag? Auch Sicherungsübereignung kann als „Rückgewähr" angesehen werden; § 342 HGB. trifft aber nur eine schon in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergegangene Einlage, die an sich dem Zugriff der Gläubiger ungehindert offenstand und durch Herausnahme dem Geschäft wieder entzogen wird. Wenn eine Einlage erst nach der Sicherung erfolgt, so kann von einer Verschlechterung des Vermögensstandes der Gläubiger überhaupt nicht die Rede sein; eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag selbst fällt nicht unter § 342. Auf eine Zeitungsanzeige des Gemeinschuldners R., er suche für sein Geschäft einen Teilhaber, meldete sich der Kläger. Am 7. Oktober 1911 schlossen beide einen schriftlichen Vertrag, nach welchem der Kläger als „stiller Teilhaber" mit 20 000 *M* in die Firma F. R. eintrat. Nachdem ihm als Sicherheit auf einem Grundstücke der Frau R. eine Hypothek am 13. Oktober 1911 bestellt war, zahlte der Kläger am 17. Oktober 1911 die erste Hälfte der Einlage mit 10 000 *M*. In Ziff. 6 des Vertrages vom 7. Oktober 1911 war bestimmt: „Als weitere Sicherung werden

[4]) Insbesondere stets dann, wenn und insoweit und insolange die neue Vereinbarung dem Schuldner günstiger ist als die alte.

Herrn U. die Maschinen, Werkzeuge und Warenvorräte verpfändet." Diese Zusage wurde damals nicht vollzogen. Ersucht, auch die zweiten 10000 *M* zu zahlen, äußerte der Kläger am 23. Oktober 1911 Bedenken, da das Geschäft nicht so günstig stehe, wie R. es geschildert habe. Darauf kam es am 3. November 1911 zwischen beiden zu einem weiteren Vertrage „über eine stille Gesellschaft". Die Einlage wurde darin wieder auf 20000 *M* festgesetzt; außerdem hatte er für die Leitung des kaufmännischen Teiles des Geschäfts 300 *M* monatlich zu beziehen. In Ziff. VI bis VIII wurden dem Kläger weitere Sicherheiten gewährt, teils von R. selbst, teils von seiner Frau, und zwar sowohl wegen der Einlage, wie wegen der Gehalts- und etwaigen sonstigen Ansprüche; die Maschinen, Werkzeuge und Warenvorräte wurden ihm zur Sicherung zu Eigentum übertragen, ebenso Außenstände. Nach der Eigentumsübertragung zahlte der Kläger von den zweiten 10000 *M* am 3. November 1911 1500 *M*, am 8. November weitere 2200 *M*, am 9. November die letzten 6300 *M*. Kurz nach dem 9. November 1911 kündigte der Kläger das Gesellschaftsverhältnis auf sofort, weil R. Außenstände rechtswidrig eingezogen habe. R. soll nicht widersprochen haben. Am 19. Dezember 1911 geriet R. in Konkurs, am 24. November 1912 auch seine Frau. Mit der Klage hat der Kläger vom Konkursverwalter des Ehemanns verlangt, daß er wegen der Einlage von 20000 *M* und wegen 150 *M* Gehalt die abgesonderte Befriedigung aus bestimmten Gegenständen und Außenständen dulde. Der Konkursverwalter hat widersprochen. Das LG. wies die Klage ab. Das OLG. verwarf die Berufung. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen: 1. Die Revision wendet sich gegen die Annahme, daß eine stille Gesellschaft i. S. der §§ 335 ff. HGB. bestanden habe. Gewisse Bedenken bestehen allerdings. Die Vereinbarung einer Beteiligung des Klägers am Geschäftsgewinn findet das LG. in der Bestimmung des Vertrags vom 7. Oktober 1911 zu Ziff. 2: „Das Einlagekapital wird mit 10% für das Jahr verzinst. Die Zinsen können in vierteljährigen Teilbeträgen erhoben werden." Es faßt diese Abmachung dahin auf, daß die Gewinnbeteiligung mit einem Höchstbetrage habe festgesetzt, der Kläger andererseits von der Teilnahme am Verlust habe ausgeschlossen sein sollen. Daß die Vertragsschließenden die 10% als Höchstgewinnanteil, nicht als Darlehenszinsen hätten aufgefaßt wissen wollen, gehe aus der Höhe des Zinsfußes hervor, denn 10% seien für ein Darlehen im Geschäftsverkehr nicht üblich, wohl aber habe der Kläger nach den ihm gemachten Schilderungen von dem glänzenden Stande des Geschäfts annehmen können, daß ein Gewinnanteil von 2000 *M* angemessen sei; von einem Darlehen sei keine Rede gewesen. Nun hatte aber der Kläger Beweis dafür angetreten, daß R. bei diesen Verhandlungen ausdrücklich erklärt habe, das Einlagekapital des Klägers müsse vorerst noch als Darlehen betrachtet werden, in das Geschäft könne er erst später eintreten. Die angebotenen Beweise hätten erhoben werden müssen, zumal da der Standpunkt des Klägers eine gewisse Stütze darin fand, daß die Zinsen in vierteljährlichen Raten zu zahlen waren, ehe noch feststand, ob überhaupt ein Gewinn in dem Geschäftsjahre erzielt wurde und wie groß er war. Sollte aber auch zwischen R. und dem Kläger eine stille Gesellschaft bestanden haben, so beruht doch die weitere Entscheidung des BG. auf einer Verkennung des § 342 HGB. Dort gewährt das Gesetz dem Konkursverwalter das Recht, die Rückgewähr der Einlage des stillen Gesellschafters anzufechten, wenn sie auf Grund einer im letzten Jahre vor Konkurseröffnung zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäftes und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung erfolgt ist. Der Ansicht des BG., daß auch eine Sicherungsübereignung Rückgewähr der Einlage sein könne, stehen rechtliche Bedenken an sich nicht entgegen. Sprachlich und logisch kann aber niemand etwas zurückgewähren, was er noch nicht hat, was ihm vielmehr erst in Aussicht steht. Auch § 342 HGB. soll die Gläubiger dagegen schützen, daß ihnen die in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergegangene Einlage, die an sich ihrem Zugriffe schon offenstand, durch Herausnahme aus dem Geschäft wieder entzogen wird, es sei denn, daß bei Vereinbarung der Rückgabe die Ursachen des späteren Vermögensverfalles noch nicht vorlagen. Hiernach hat der Berufungsrichter den § 342 HGB. zunächst auf die zweiten vom Kläger gezahlten 10000 *M* und ihre Sicherung ersichtlich zu Unrecht angewendet. Die Sicherung erfolgte bezüglich eines Teilbetrages von 1500 *M* am 3. November 1911 Zug um Zug gegen die Zahlung. Der Rest (8500 *M*) wurde am 8. und 9. November 1911 gezahlt, nachdem die Sicherung vom 3. November geleistet war, die der Kläger verlangt hatte, ehe er überhaupt von den zweiten 10000 *M* etwas zahlte. Der Kläger hat also, was die zweiten 10000 *M* anlangt, keine Einlage geleistet, für die er sich nachträglich zum Schaden der Gläubiger eine Sicherung einräumen, die er sich in dieser Form zurückgewähren ließ; er zahlte vielmehr gegen die Sicherung und unmittelbar nach ihr den Gegenwert in das Vermögen des Gemeinschuldners ein; von einer Verschlechterung des Vermögensstandes zum Nachteil der Konkursgläubiger kann nicht die Rede sein.

Der Kläger war auch nicht etwa verpflichtet, die zweiten 10000 *M* ohne Sicherung einzulegen. Im Verhältnis zu R. schon deshalb nicht, weil dieser ja mit dem Vertrage vom 3. November 1911 die Vorstellungen des Klägers vom 23. Oktober 1911 als berechtigt anerkannte. Aber auch die Gläubiger hätten, wenn der Konkurs vor dem 3. November 1911, also vor der Sicherung der 10000 *M* ausgebrochen wäre, nicht die zweiten 10000 *M* als rückständige Einlage zur Masse fordern können. Das ergibt sich ohne weiteres aus § 341 Abs. 2 HGB., wonach der stille Gesellschafter die rückständige Einlage bis zu dem Betrage zur Konkursmasse einzuzahlen hat, der zur Deckung seines Anteils am Verluste erforderlich ist. Das BG. stellt aber selbst fest, daß der Kläger nach dem Gesellschaftsvertrage am Verluste überhaupt nicht beteiligt sein sollte. Hiernach ist es unhaltbar, wenn das BG. für erwiesen erachtet, daß der Kläger die zweiten 10000 *M* ohne Sicherung einzulegen verpflichtet gewesen sei; die gleichzeitige Feststellung, diese noch erst zu zahlenden 10000 *M* hätten zurückgewährt werden sollen, enthält einen Widerspruch in sich selbst.

Aber auch hinsichtlich der ersten 10000 *M* beruht die Entscheidung auf einer mißverständlichen Auslegung des § 342 HGB. Der Kläger hat diese ersten 10000 *M* freilich schon am 17. Oktober 1911 gezahlt, also soweit die am 3. November 1911 übereigneten Sachen in Betracht kommen, aus denen der Kläger abgesondert befriedigt sein will, nicht gegen Sicherung oder nach Sicherung, sondern vor ihr. Sie waren also sicherungslos dem Zugriffe der Gläubiger ausgesetzt und, brach der Konkurs aus, so stand der Kläger nicht anders da, wie jeder einfache Konkursgläubiger. Hierin trat durch die Uebereignung vom 3. November 1911 zum Schaden der übrigen Gläubiger eine Veränderung ein und bezüglich dieser 10000 *M* kann von einer Rückgewähr i. S. des § 342 HGB. gesprochen werden. Eine andere Frage aber ist, ob die Rückgewähr auf Grund einer Vereinbarung erfolgt ist, wie das Gesetz sie für die besondere Anfechtung aus § 342 HGB. fordert. Das BG. prüft diese Frage nicht. Es begnügt sich mit der Feststellung, daß die Bewilligung der Rückgewähr dem freien Willen des Gemeinschuldners R. entsprochen und der Kläger auf sie weder einen vertraglichen noch einen gesetzlichen Anspruch gehabt habe. Wenn im letzteren Punkt Gewicht darauf gelegt ist, daß dem Kläger eine Sicherungsübereignung keinesfalls vorher zugesichert gewesen sei, so erledigt sich dieser Einwand mit dem

Hinweise, daß der Kläger nicht als Eigentümer, sondern nur wie ein Pfandgläubiger behandelt sein will. Daß der Kläger am 3. November 1911 nicht ein Recht darauf gehabt habe, wie ein Pfandgläubiger gesichert zu sein, ist irrig. Dem BG. selbst ist die Bestimmung des Vertrages vom 7. Oktober 1911 nicht entgangen, in der es heißt: „Als weitere Sicherung werden Herrn U. die Maschinen, Werkzeuge und Warenvorräte verpfändet." War auf der einen Seite nicht zu bezweifeln, daß damit allein der Kläger noch kein Pfandrecht an Maschinen, Werkzeugen und Warenvorräten erwarb, so war es ihm doch zugesichert und in diesem Umfange war die nur Sicherungszwecken dienende Uebereignung vom 3. November 1911 die Ausführung einer vorher getroffenen Abmachung. Wäre diese Abmachung getroffen worden, nachdem der Kläger auf Grund des Gesellschaftsvertrages die 10 000 *M* Einlage geleistet hatte, so hätte es dem Beklagten offengestanden, seine Anfechtung auf § 342 HGB. zu stützen, denn dann handelte es sich in der Tat um eine Vereinbarung, die, dem Gesellschaftsvertrage folgend, darauf abzielte, dem stillen Gesellschafter für eine bereits geleistete Einlage nachträglich eine Sicherheit zu bestellen. So lag der Fall aber nicht. Der Kläger wollte ohne das Sicherungsversprechen überhaupt nicht stiller Gesellschafter werden, er brauchte es auch nicht, ließ sich daher von vornherein im Gesellschaftsvertrage selbst die Verpfändung versprechen und zahlte erst, nachdem sie ihm versprochen war. Eine solche Vereinbarung fällt nicht unter § 342 HGB., mag sie auch im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung getroffen worden sein. Sie kann, weil im Gesellschaftsvertrage und vor der Einlage getroffen, nicht kraft gesetzlicher Vermutung den Zweck verfolgen, die Einlage den Gläubigern zu entziehen, und damit entfällt das Anwendungsgebiet dieser Sonderbestimmung. (Urt. d. II. ZS. vom 1. Mai 1914, II 21/14). H.

3404

II.

Verschwendung i. S. des § 6 Nr. 2 BGB. kann auch dann vorliegen, wenn sich jemand durch nachlässige Wirtschaft der Gefahr der Verarmung aussetzt, ohne übermäßige Ausgaben zu machen. Aus den Gründen: Der Kläger, ein völlig arbeitsfähiger Mann in den besten Mannesjahren, war zur Zeit des Entmündigungsverfahrens Eigentümer einer landwirtschaftlichen Stelle, die er nicht lange vorher bei der Teilung des elterlichen Nachlasses übernommen hatte. Diese seine Wirtschaft hat er nun längere Zeit hindurch völlig vernachlässigt; er hielt sich öfters tage- und wochenlang auswärts in Wirtschaften auf und fröhnte dabei seiner Leidenschaft zum Kegelspiel. Wenn er zu Hause war, pflegte er anstatt zu arbeiten, in den Tag hinein zu schlafen; er hat die Ernte nicht eingebracht, sondern auf dem Felde verkommen lassen, das Land nicht wieder bestellt und keine Saat eingebracht, so daß schon nach einem halben Jahre die Zwangsversteigerung seines Grundbesitzes eingeleitet wurde. Auf der anderen Seite hat er bei seinem Aufenthalt in den Wirtshäusern keine großen Ausgaben gemacht, vielmehr recht sparsam gelebt. Die Revision meint, es sei unmöglich, einen Menschen, der für seine Person so sparsam lebe und auch in anderer Richtung keine übermäßigen Ausgaben mache, als Verschwender zu erklären; das widerspreche dem Begriffe der Verschwendung, wie er sich aus dem Sprachgebrauch ergebe, und das Gesetz wolle mit dem Worte Verschwendung keinen vom gewöhnlichen Sprachgebrauch abweichenden Sinn verbinden, wie vom RG. schon ausdrücklich ausgesprochen worden sei (JW. 1905 S. 166). Es mag sein, daß man beim Gebrauche des Wortes Verschwender im landläufigen Sinne an einen Mann denkt, der durch übermäßige Ausgaben sein Vermögen vertut, nicht an einen solchen, der durch nachlässige Wirtschaft sich der Gefahr der Verarmung aussetzt. Jedoch kann nicht zugegeben werden, daß dieser Sprachgebrauch für die Anwendung des § 6 [2] BGB. ausschlaggebend ist. Auf das vorerwähnte Reichsgerichtsurteil kann sich die Revision nicht berufen; dort ist die Rede davon, daß das Gewicht nicht auf das Vorliegen äußerlicher Merkmale zu legen sei, sondern auf einen ursächlichen Zusammenhang des unwirtschaftlichen Verhaltens mit persönlichen Eigenschaften des zu Entmündigenden. Nur in diesem Sinne wird dort auf den Sprachgebrauch verwiesen; dagegen ist keine Rede davon, von welcher Art die äußeren Vorgänge sein müssen, in denen die Merkmale der Verschwendung zu erblicken sind. Aus dem gleichen Grunde ist es verfehlt, wenn die Revision sich auf das bezeichnete Urteil und auf ein weiteres Urteil des RG. (JW. 1906 S. 188) dafür berufen will, daß die Feststellung eines Hanges zu übermäßigen Ausgaben zu verlangen sei. In beiden Fällen wird die Notwendigkeit einer Feststellung darüber betont, daß ein Hang zu unwirtschaftlichem Gebaren vorliege; daß dabei von einem Hang zu Ausgaben gesprochen wird, ist lediglich darauf zurückzuführen, daß in den behandelten Fällen eben übermäßige Ausgaben das Merkmal der Verschwendung bildeten. Dagegen ergibt sich aus jenen Urteilen nichts dafür, daß nicht auch ein in anderer Richtung liegendes wirtschaftliches Gebaren als Verschwendung bezeichnet werden kann. Schon in früheren Rechten war anerkannt, daß für die Frage der Entmündigung der Begriff der Verschwendung weiter zu fassen ist als nach dem landläufigen Sprachgebrauch, wie er ja übrigens auch dem Wortsinne nach ein das „Verschwinden" des Vermögens herbeiführendes Verhalten, ohne Bezeichnung der Art und Weise, bedeutet. Das ALR. sagte in I. 1. § 30 ausdrücklich: „Verschwender sind: welche durch unbesonnene und unnütze Ausgaben oder durch mutwillige Vernachlässigung ihr Vermögen beträchtlich vermindern" . . . und Kochs, Kommentar betont in Anm. 28 zu diesem Paragraphen die Nichtübereinstimmung der gesetzlichen Bestimmung mit dem gemeinen Sprachgebrauche. Auch im Gemeinen Rechte war der Begriff der Verschwendung in der angegebenen Richtung erweitert worden (RGZ. Bd. 21 S. 169). An diesen Rechtszustand hat man bei Schaffung des BGB. angeknüpft: in § 29 Entw. I waren als Merkmale der Verschwendung verschwenderische Lebensweise und verschwenderische Geschäftsführung angeführt, und in den Motiven dazu wurde gesagt (S. 64), es sei unerheblich, ob das die wirtschaftliche Existenz bedrohende Gebaren in unmäßigem Geldausgeben . . . oder Vernachlässigung der Wirtschaft bestehe. In der Kommission wurde dann zwar beschlossen, die im Entwurf hervorgehobenen Merkmale nicht in den Gesetzestext aufzunehmen, jedoch sind, soweit ersichtlich, Bedenken gegen die darin zu Tage getretene Auffassung des Begriffes der Verschwendung nicht geäußert worden (Prot. I S. 72/73). Eine bei den Verhandlungen im Reichstagsplenum gefallene Aeußerung, wonach Vernachlässigung der Wirtschaft zweifellos keine Verschwendung sei (übrigens aus anderen Gesichtspunkten zur Entmündigung führen könne), hat nirgends ausdrückliche Zustimmung, aber vielfach Widerspruch gefunden (Hölder in Anm. 6 zu § 6, Oertmann in Anm. 3 zu § 6 BGB. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. I § 64 Fußnote 5). Nach alledem liegt es im Sinne der geltenden gesetzlichen Vorschrift an dem in den Motiven zum Ausdrucke gekommenen Gedanken festzuhalten, daß auch die Vernachlässigung der Wirtschaft als Verschwendung angesehen werden kann. Ist dies aber an sich zulässig, so rechtfertigen hier die Umstände des Falles unbedenklich den Ausspruch der Entmündigung. Daß diesem das Vorliegen einer sparsamen persönlichen Lebensweise nicht entgegensteht, ist schon des öfteren ausgesprochen worden (Recht 1908 Nr. 1319, Warneyer 1911 Nr. 314, 1913 Nr. 391). (Urt. des IV. ZS. vom 14. Mai d. Js., IV 700/1913). E.

3424

III.

Ausschließliche Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts. Aus den Gründen: Die Klägerin macht gegen den Beklagten, ihren früheren Handlungsgehilfen, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung einer vertragsmäßigen Leistung aus dem Dienstverhältnisse geltend. Für diese Streitigkeit ist nach § 5 Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 2 KGG. die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts begründet, es sei denn, daß der Jahresarbeitsverdienst des Beklagten bei der Klägerin den Betrag von 5000 *M* überstiegen hat (§ 4 Ges.). Da die Vorinstanzen die Bestimmungen des KGG. in ihren Entscheidungen nicht beachtet und die Höhe des Arbeitsverdienstes nicht festgestellt haben, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu dieser Feststellung an das BG. zurückzuverweisen. Daß der Beklagte die Unzuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht geltendgemacht hat, ist unerheblich, denn die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte ist nach § 6 Ges. eine ausschließliche und daher von Amts wegen zu beachten. Aus demselben Grunde ist es auch ohne Bedeutung, daß der Beklagte bisher keine Angaben über die Höhe seines Jahresverdienstes gemacht hat. Die Parteien sind nicht befugt, durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärungen eine Rechtsstreitigkeit der ausschließlichen Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts zu entziehen. (Urt. des III. ZS. vom 19. Mai 1914 III 94/14). —a—

3418

B. Straffachen.

I.

Der Vorsatz i. S. des § 1492 RVO.; muß er schon zur Zeit der Lohnabzüge vorhanden sein? Aus den Gründen: Der Angeklagte räumt ein, 25 von ihm beschäftigten Arbeitern über ein Jahr lang, bis zur Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen, die Beiträge für die Invaliden- und Altersversicherung im Gesamtbetrage von 140.40 *M* vom Lohne abgezogen und nicht für die Versicherung verwendet zu haben; gleichwohl wurde er von der Anklage aus § 1492 RVO. freigesprochen, weil ihm nicht nachgewiesen werden könne, daß er, wie das Gesetz fordere, den Vorsatz gehabt habe, die den Arbeitern abgezogenen Beiträge überhaupt nicht zur Markenklebung zu verwenden. Er hatte vorgebracht, er habe es immer so gehalten, daß er nur Marken geklebt habe, wenn ein Versicherungsbeamter zur Prüfung der Quittungskarten angemeldet worden sei oder ein Arbeiter gekündigt habe; so habe er es auch bei den hier in Rede stehenden Arbeitern machen wollen und sei daran nur durch die Konkurseröffnung verhindert worden; das scheint das Gericht als nicht widerlegt dem Urteile zugrunde gelegt zu haben. Es sieht nur die in § 1488 RVO. mit Ordnungsstrafe bedrohte nicht rechtzeitige Verwendung als gegeben an, weil der Angeklagte die Absicht gehabt habe, später die Beiträge zu entrichten. Tatsächlich hat er aber die Beitragsteile nicht nur nicht rechtzeitig, sondern überhaupt nicht zur Versicherung verwendet, er ist, wie er unwiderlegt behauptet, durch die Konkurseröffnung an der Verwendung verhindert worden. Das soll offenbar heißen, er habe die Verwendung entgegen seiner ursprünglichen Absicht unterlassen, weil er schließlich die erforderlichen Mittel nicht besessen habe. Die auf Mangel an Mitteln beruhende Unfähigkeit des Arbeitgebers, die Pflicht zur Verwendung der Lohnabzüge für die Versicherung zu erfüllen, kann die Nichtverwendung nicht ohne weiteres entschuldigen, und zwar jedenfalls dann nicht, wenn er sie vorhergesehen hat, wenn er schon, als er die Lohnabzüge machte, gewußt hat, daß er mangels der erforderlichen Mittel sie nicht zu Versicherungszwecken verwenden könne (Entsch. Bd. 25 S. 104 [105], S. 194 [195], Bd. 30 S. 161 [162], Bd. 40 S. 115 [116], S. 235 [237]). Er hat dann den Lohnabzug mit dem Bewußtsein der Notwendigkeit des rechtswidrigen Erfolges gemacht, daß die Verwendung für die Versicherung unterblieb, und den in § 1492 RVO. geforderten Vorsatz gehabt, mag er auch nicht die Absicht gehabt haben, die abgezogenen Beiträge „überhaupt nicht“ zum Markenkleben zu verwenden, sondern beabsichtigt haben, später, wenn er dazu imstande sein würde, wenn sich seine Verhältnisse bessern würden, seine Verpflichtung zu erfüllen, in der unbestimmten Hoffnung, daß er das Versäumte werde nachholen können. Denn trotz solcher Hoffnung weiß er, daß er nach den gegebenen Verhältnissen die Beitragsteile nicht nach Vorschrift des Gesetzes verwenden kann, und der Arbeitgeber, der das weiß, darf keine Lohnabzüge machen und ist nach § 1492 RVO. strafbar, wenn er sie trotzdem gemacht hat und dann nicht zur Versicherung benutzen kann. Das ist in Entsch. Bd. 25 S. 104, 194, Bd. 28 S. 5 (6), Bd. 30 S. 161, Bd. 40 S. 115 (116) S. 235 für § 82 b KrankVersG. anerkannt, der die Absicht forderte, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen oder die Krankenkasse zu schädigen, und muß für § 1492 RVO. um so unbedenklicher gelten, als diese Absicht hier nicht mehr gefordert wird, sondern nur noch die vorsätzliche Nichtverwendung vom Lohne abgezogener Beitragsteile für die Versicherung. Wie überall, wo das Strafgesetz Vorsatz des Täters fordert (Entsch. Bd. 30 S. 270, 273), so genügt es auch für den inneren Tatbestand des § 1492 RVO., wenn der Arbeitgeber den Erfolg nicht mit Bestimmtheit vorhergesehen, sondern nur als möglich erkannt, trotzdem aber in seinen Willen aufgenommen hat und mit der Verwirklichung auch dieser Möglichkeit einverstanden gewesen ist (sogen. Eventual- oder bedingter Vorsatz). Auch das ist in Entsch. Bd. 25 S. 104 (105/106), S. 194 (195), Bd. 28 S. 254 (255) zur Erfüllung des inneren Tatbestandes des § 82 b KrVG. für ausreichend erachtet worden. Die in Entsch. Bd. 28 S. 5 (6) unter Hinweis auf Entsch. Bd. 24 S. 7, Bd. 27 S. 217, 241 dagegen erhobenen Bedenken können gegen die entsprechende Auslegung des § 1492 RVO. jedenfalls nicht geltend gemacht werden, da hier nicht mehr Absicht, sondern nur noch Vorsatz des Arbeitgebers vorausgesetzt wird. Die Begründung zum Entwurf der RVO. (Reichst. 12. LPer. II. Sess. 1909/1910 Nr. 340 Anl.) sieht allerdings S. 435 zu § 1474 darin anscheinend keine Aenderung des bisherigen Gesetzes (§ 182 Abs. 2 InvVersG.), da bei Vorsatz ohne weiteres auf die Absicht auf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil oder eine Schädigung der Versicherungsanstalt oder der Versicherten geschlossen werden könne. Ob dem beizutreten ist, kann hier unerörtert bleiben; es genügt, daß das Gesetz nicht mehr Absicht, sondern Vorsatz des Arbeitgebers verlangt, um auch einen bedingten Vorsatz zur Erfüllung des inneren Tatbestands als ausreichend erscheinen zu lassen. Auch aus diesem Grunde ist die Annahme unrichtig, § 1492 RVO. setze voraus, daß der Arbeitgeber den Vorsatz habe, die den Arbeitern vom Lohne abgezogenen Beiträge „überhaupt nicht“ zur Markenklebung zu verwenden. Unrichtig wäre es ferner, wenn das LG., wie die Gründe nahe legen, angenommen hätte, der Vorsatz müsse dem Arbeitgeber schon zu der Zeit innegewohnt haben, als er die Lohnabzüge machte. Unter Strafe gestellt ist die vorsätzliche Nichtverwendung der Beitragsteile. Der Vorsatz muß also auf die Nichtverwendung gerichtet sein und ist deshalb auch dann vorhanden, wenn er erst gefaßt wurde, nachdem die Beiträge vom Lohne abgezogen waren. Auch wer noch, als er die Abzüge machte, vor hatte, sie für die Versicherung zu verwenden, sich nachher aber durch die Verausgabung der dafür bestimmten Mittel die Verwendung vorsätzlich unmöglich macht, erfüllt den Tatbestand des § 1492, während danach nicht gestraft werden kann, wer gegen sein Wissen und seinen Willen durch nachträglich ein-

getretenen Geldmangel oder Ausbleiben mit Grund erwarteter Mittel an der Ausführung seiner ursprünglichen Absicht verhindert wird (Entsch. Bd. 28 S. 5 [6/7], 254. Urteil des V. StS. vom 19. Januar 1912 5 D 1109/11 g. G.). (Urt. des I. StS. vom 30. März 1914, 1 D 99/14). E.

3423

II.

Der Begriff des „Unternehmens" einer strafbaren Handlung, besonders i. S. des § 134 VerZG. Aus den Gründen: Der Begriff des Unternehmens im allgemeinen und i. S. des VerZG. im besonderen umfaßt allerdings nicht bloß die vollendete Straftat, sondern auch den Versuch (RGSt. 42, 266; 19, 192). Das ist aber in dem freisprechenden Urteile nicht verkannt. Die Angeklagten sind nicht an das Saccharin herangekommen, das sie einschmuggeln wollten, sie haben den verbotenen Gegenstand nicht in Bewegung gesetzt, sie haben das Inland überhaupt nicht verlassen, da sie vor Ueberschreitung der Grenze verhaftet wurden. Deshalb kann von einem Anfang der Ausführung des Schmuggels nicht die Rede sein. Indem sie sich, mit Schmuggelröcken ausgerüstet, auf die Reise nach der Schweiz begaben, um von dort aus Saccharin verbotswidrig einzuführen, haben sie mit der Einführung noch nicht den Anfang gemacht, sie sind vielmehr über Vorbereitungshandlungen nicht hinausgekommen, und solche erfüllen den Begriff des Unternehmens nicht (RGSt. 42, 266). Zwar haben die Angeklagten die Absicht der verbotenen Süßstoffeinfuhr äußerlich an den Tag gelegt, indem sie zum Schmuggel ausgerüstet, die Reise nach der Schweiz antraten; aber das ist nicht entscheidend, da das „an den Tag legen" der verbrecherischen Absicht noch nicht Versuch der strafbaren Handlung ist, sondern nur dann, wenn es durch Handlungen geschieht, die den Anfang der Ausführung enthalten. In RGSt. 42, 266 (270 ff.) ist eingehend dargelegt, daß zwar rein sprachlich „Unternehmen" jede Betätigung der auf die Ausführung der Tat gerichteten Absicht bezeichnet, im strafrechtlichen Sinne aber durch §§ 43 ff. StGB. die Bedeutung des Wortes dahin eingeschränkt ist, daß bloße Vorbereitungshandlungen nicht inbegriffen sind. So verstanden ist die Aufstellung der Staatsanwaltschaft richtig, daß Unternehmen i. S. des § 134 VerZG. auch dann vorliegt, wenn die Absicht der verbotenen Einfuhr durch Handlungen betätigt ist, durch die die Straftat unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll. Solche Handlungen haben aber die Angeklagten nicht vorgenommen und haben sie nicht vornehmen können, weil sie das Inland gar nicht verlassen haben und mit dem verbotenen Gegenstand in keinerlei Berührung gekommen sind. Allerdings ist in der Rechtsprechung des RG. anerkannt, daß das Unternehmen der Zolldefraude sich nicht in den Ausführungshandlungen erschöpft, die unmittelbar mit der Verbringung der zollpflichtigen Gegenstände über die Grenze zusammenfallen, sondern daß dazu auch die Tätigkeit gehört, durch die der zollpflichtige Gegenstand vom Ausland bis unmittelbar an die Grenze des Zollinlandes herangeschafft worden ist (RGSt. 35, 13 [15/16]), und dasselbe wird bei der Kontrebande gelten müssen. Aber auch derartiges haben die Angeklagten nicht getan. Die Reise ins Ausland, um von dort aus ins Inland zu schmuggeln, steht dem Heranschaffen der Ware vom Ausland bis an die Grenze keinesfalls gleich, und es braucht deshalb hier nicht erörtert zu werden, ob das Heranschaffen des verbotenen Gegenstands an die Grenze schon an sich dem Unternehmen der verbotenen Einfuhr zuzurechnen ist, oder nur dann, wenn die Zollgrenze oder die im Ausland gelegene deutsche Zollstelle erreicht oder überschritten wird. (Urt. des I. StS. vom 8. Juni 1914, 1 D 201, 14). E.

3422

III.

Undeutliche Belehrung über die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts (§ 264 StPO.). Aus den Gründen: Gegen den Angeklagten war das Hauptverfahren wegen eines Vergehens gegen §§ 223, 223a StGB. eröffnet, weil er hinreichend verdächtig erscheine, vorsätzlich einen anderen mittels gefährlichen Werkzeugs körperlich mißhandelt zu haben, indem er mit seinem Schrotzwilling zweimal auf den Gütler R. schoß und ihn beide Male verletzte. Nachdem er laut des Sitzungsprotokolls darauf hingewiesen worden war, daß abweichend vom Eröffnungsbeschluß eine Uebertretung des verbotenen Schießens neben einem Vergehen der gefährlichen Körperverletzung angenommen werden könne, wurde er wegen verbotenen Schießens auf Grund des § 367 Nr. 8 StGB. zu einer Haftstrafe und wegen gefährlicher Körperverletzung auf Grund des § 223a StGB. zu einer Gefängnisstrafe verurteilt, da nicht festgestellt werden konnte, daß er bei Abgabe des ersten Schusses eine Verletzung des R. beabsichtigt oder an eine solche gedacht habe. Er ist also wegen zweier selbständiger Handlungen verurteilt worden, deren eine durch den ersten Schuß, deren andere durch den zweiten Schuß begangen ist, während der Eröffnungsbeschluß angenommen hatte, daß er auch bei dem ersten Schuß R. zu treffen beabsichtigt habe und daß beide Schüsse ein (fortgesetztes) Vergehen der gefährlichen Körperverletzung seien. Ist der Angeklagte also wegen mehrerer strafbarer Handlungen verurteilt, während der Eröffnungsbeschluß nur eine annahm, so bedurfte es nach ständiger Rechtsprechung des RG.s (vgl. u. a. Entsch. Bd. 9 S. 426 [429], Bd. 16 S. 437 [438/39], Rechtspr. Bd. 2 S. 569, auch Entsch. Bd. 30 S. 226) des durch § 264 StPO. vorgeschriebenen Hinweises auf diese Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts, und dieser Hinweis ist, wie der Verteidiger mit Grund rügt, nicht erfolgt. Aus dem Hinweis, daß neben einem Vergehen der gefährlichen Körperverletzung eine Uebertretung des verbotenen Schießens angenommen werden könne, ist nicht mit der im Interesse des Angeklagten zu fordernden Deutlichkeit zu ersehen, daß die Verurteilung wegen mehrerer Straftaten erfolgen könne, da er mindestens ebensogut dahin verstanden werden konnte, daß die in der Anklage bezeichnete eine Tat sowohl als Vergehen gegen § 223a wie als Uebertretung des § 367 Nr. 8 StGB. beurteilt, also rechtliches Zusammentreffen angenommen werden könne. Es ist möglich, daß der Angeklagte sich gegen die Annahme mehrerer Straftaten mit Erfolg verteidigt hätte. Es kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß sie dem Angeklagten günstiger wäre als die des rechtlichen Zusammentreffens der beiden Strafgesetze, sei es auch für die Abgabe beider Schüsse. Auch wenn der Angeklagte, um die Verurteilung wegen mehrerer strafbarer Handlungen zu vermeiden, das Gericht hätte überzeugen müssen, daß er schon mit dem ersten Schusse R. habe treffen wollen, hätte das nicht notwendig für ihn wegen Körperverletzung eine härtere Strafe, als die jetzt erkannte, zur Folge haben müssen, wohl aber hätte er dann sicher nicht wegen der Uebertretung noch besonders bestraft werden können. (Urt. des I. StS. vom 16. März 1914, I D 59/14). E.

3377

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

Zur Auslegung des § 54 GBO. Im Grundbuch sind als Eigentümer des Grundstücks Pl.-Nr. 141¹/₄ O. vorgetragen: Am 26. Sept. 1887 F. M., Gütlerstochter in E., am 9. Mai 1893 P. A., Fabrikarbeiter in O., als Miteigentümer durch allgemeine Gütergemeinschaft ge-

mäß Ehe- und Erbvertrag vom 4. Mai 1893, am 7. April 1900 F. A., Gütler in E., durch Kauf gemäß Kaufvertrag vom 1. Sept. 1899, am 29. Dez. 1913 F. Fr., Ehefrau des Vorigen als Miteigentümerin durch allgemeine Gütergemeinschaft gemäß Ehe- und Erbvertrag vom 20. April 1892. Am 20. Dez. 1899 erwirkte der Fabrikarbeiter S. Sch. in O. gegen A. P. Urteil auf Zahlung von 2080.85 *M* Hauptsache nebst 5% Zinsen seit 2. April 1899. Zugunsten dieses Anspruchs wurde am 15. März 1900 auf dem Hälfteanteil des A. P. an dem Grundstück Zwangshypothek vorgemerkt. Die von A. F. gegen S. Sch. gestellte Klage auf Löschung dieser Hypothek wurde am 6. Oktober 1913 abgewiesen. Die Klage war damit begründet, daß am 15. März 1900 nicht mehr die Eheleute P., sondern die Eheleute F. Eigentümer gewesen seien. Die Behauptung des Beklagten, daß nur ein Scheinvertrag vorliege, erachtete das LG. nicht für erwiesen, dagegen war es der Ansicht, daß diesem der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite stehe, sonach die Hypothek rechtsgültig erworben worden sei. Das Urteil ist rechtskräftig geworden. Am 25. Febr. 1914 beantragte S. Sch. auf Grund des vollstreckbaren Urteils vom 20. Dez. 1899 die Zwangsversteigerung des von A. P. auf A. F. übergangenen Hälfteanteils an dem Grundstück. Das Amtsgericht entsprach diesem Antrage, hob aber das Verfahren wieder auf, da sich ergeben hatte, daß A. F. nicht als Alleineigentümer, sondern nur als Miteigentümer in allgemeiner Gütergemeinschaft eingetragen sei. Dieser Beschluß wurde vom LG. wieder aufgehoben. Am 1. April 1914 verfügte das Grundbuchamt, daß die auf dem Hälfteanteil des A. P. eingetragene Vormerkung auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu 2080.85 *M* als unzulässige Eintragung von Amts wegen zu löschen sei. Diesen am 3. April 1914 vollzogenen Beschluß begründete es unter Hinweisung auf § 54 GBO. und § 1114 BGB. damit, daß bei der Eintragung der Vormerkung das Grundstück auf Grund der zwischen den Eheleuten P. damals bestandenen allgemeinen Gütergemeinschaft Gesamtgut und deshalb die Belastung des Hälfteanteils mit einer Hypothek rechtlich unzulässig gewesen sei. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen, ebenso die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen: Der Beschwerdeführer hat allerdings insoferne Recht, als er rügt, daß die Unzulässigkeit der Eintragung aus § 1114 BGB. gefolgert wurde. Nach Art. 189 EG. BGB. erfolgen der Erwerb und Verlust des Eigentums sowie die Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Da z. Z. der Vormerkung der von S. Sch. erwirkten Zwangshypothek das Grundbuch für den Bezirk des AG. F. noch nicht angelegt war, konnte sonach nicht das BGB., sondern nur das bis dahin geltende Grundstücksrecht maßgeben. Allein das Ergebnis ist auch dann kein anderes. Bezüglich der rechtlichen Natur der allgemeinen Gütergemeinschaft gingen bis zur Einführung des BGB. die Meinungen auseinander. Das hier maßgebende BayLR. wendete auf die allgemeine Gütergemeinschaft die Bestimmungen über die Gesellschaft an (T. I Kap. 6 § 32 Nr. 4), und da man hieraus folgerte, daß jeder Ehegatte über seinen Anteil an dem Gesamtgute verfügen könne, so nahm man auch keinen Anstand, den einem Ehegatten gehörigen Anteil an einem Grundstücke zu beschlagnahmen oder daran im Zwangswege eine Hypothek einzutragen. Diese Verhältnisse sind aber mit der Einführung des BGB. geändert worden. Mit diesem Zeitpunkte sind an Stelle der bisherigen Vorschriften die Vorschriften des BGB. über die allgemeine Gütergemeinschaft getreten, soweit für eine Ehe die allgemeine Gütergemeinschaft nach einem der in den Landesteilen r. d. Rh. geltenden Rechte bestand (Art. 62, 94 UeG.). Das BGB. faßt die allgemeine Gütergemeinschaft als Miteigentum zur gesamten Hand auf. Nach § 1442 kann ein Ehegatte nicht über seinen Anteil an dem Gesamtgute und an den einzelnen Gegenständen verfügen; er kann während der Gütergemeinschaft nicht Teilung verlangen. Nach § 860 ZPO., der im Art. 24 UeG. gleichfalls für die übergeleiteten Güterstände für anwendbar erklärt ist, ist der Anteil eines Ehegatten an dem Gesamtgut und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen auch nicht der Pfändung unterworfen. Das Miteigentum an einer unbeweglichen Sache konnte nach der bayer. SubhO. nur beschlagnahmt werden, wenn bezüglich des Anteils des Schuldners eine Auseinandersetzung mit den übrigen Teilhabern nicht erforderlich war, andernfalls fand nur Zwangsvollstreckung in den Anteil nach § 754 (alt) ZPO. statt. Dies galt nicht bloß für Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, sondern auch für die Vormerkung einer Hypothek nach Art. 40 der Nov. zur SubhO. (vgl. ältere Sammlg. Bd. 14 S. 126). War hienach die Vormerkung der Zwangshypothek an dem Hälfteanteil des A. P. schon z. Z. der Eintragung unstatthaft, so kann es sich nur noch fragen, ob diese Eintragung ihrem Inhalte nach unzulässig ist oder ob etwa nur eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorliegt, in welchem Falle nicht die Löschung, sondern die Eintragung eines Widerspruchs am Platze gewesen wäre (§ 54 Abs. 1 GBO.). Es muß jedoch das erstere angenommen werden. Eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung liegt vor, wenn nicht bloß Eintragungsvoraussetzungen fehlen, sondern wenn die Eintragung nach dem Gesetze ausgeschlossen ist. Solche Eintragungen sind bedeutungslos; der öffentliche Glaube erstreckt sich nicht auf sie. An dem Anteile eines Ehegatten an dem Gesamtgute kann nach dem BGB. durch Zwangsvollstreckung ein Recht nicht begründet werden, und zwar auch schon, bevor das Grundbuch angelegt ist; eine gleichwohl erfolgte Eintragung steht mit dem Wesen und der rechtlichen Natur des Gesamtguts im Widerspruch und ist daher ihrem Inhalte nach unzulässig. Zugunsten der Rechtsgültigkeit der am 15. März 1900 vorgemerkten, gemäß Art. 57 AG. GBO. in eine Sicherungshypothek verwandelten Zwangshypothek kann auch nicht geltend gemacht werden, daß durch das Urteil vom 10. Oktober 1913 die Rechtsbeständigkeit der von S. Sch. erwirkten Hypothekvormerkung anerkannt worden sei. Denn das LG. hat sich mit der hier zur Entscheidung stehenden Frage gar nicht befaßt. Im Hinblick auf § 322 ZPO. muß zwar angenommen werden, daß ein neuer Rechtsstreit unter den Parteien über die Rechtsbeständigkeit der Hypothek ausgeschlossen ist. Aber nach § 325 ZPO. wirkt das rechtskräftige Urteil nur für und gegen die Parteien und deren dort bezeichnete Rechtsnachfolger, dagegen kann im Verhältnis zu dritten Personen, von besonderen Ausnahmen abgesehen, auch ein rechtskräftiges Urteil unanfechtbares Recht nicht schaffen. Dies gilt besonders für die nachfolgenden Hypothekgläubiger; sie sind an die Entscheidung nicht gebunden, sondern haben ein selbständiges Recht, auf Löschung einer nicht bestehenden Vorhypothek anzutragen und im Interesse der Rechtssicherheit hat das Gesetz in § 54 GBO. dem GBA. nicht bloß das Recht gegeben, sondern auch die Pflicht auferlegt, eine ihrem Inhalte nach unzulässige Hypothek zu löschen. Darüber hat es selbständig zu entscheiden.

Die weitere Beschwerde meint, statt der Löschung hätte das GBA. die Hypothekeintragung auf das ganze Anwesen erstrecken sollen. Dem kann nicht beigetreten werden. Allerdings ist nach § 740 ZPO., der für die übergeleiteten Ehen gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft getreten ist (Art. 24 UeG.), bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft zur Zwangsversteigerung in das Gesamtgut ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil nicht bloß erforderlich, sondern auch genügend. Allein wenn demgemäß am 15. März 1900 auch die Hypothek auf dem ungeteilten Grundbesitz der Eheleute P. hätte vorgemerkt werden können, so kommt doch in Betracht, daß die beantragte Vormerkung damals nicht

geschehen ist, daß der Antrag vielmehr durch Vormerkung der Hypothek an dem Hälfteanteil erledigt wurde, ohne daß der Antragsteller eine Erinnerung oder ein Rechtsmittel angebracht hätte. Die so erwirkte Hypothekvormerkung ist rechtlich bedeutungslos und kann nicht nachträglich auf das ganze Anwesen ausgedehnt werden; auf den ursprünglichen ersten Antrag des Gläubigers kann aber nicht mehr zurückgegriffen werden. Denn dieser Antrag ist dadurch erledigt, daß dem vorsorglichen Antrage stattgegeben wurde, wenn es auch nicht hätte geschehen sollen; er ist nicht beim Amtsgerichte anhängig geblieben, sondern besteht nicht mehr. (Beschl. des I. ZS. vom 21. April 1914, Reg. III Nr. 46/1914). M.

3394

B. Strafsachen.

I.

Zur Auslegung des Art. 92 Ziff. 1 ForstG.[1]) **Aus den Gründen:** Der Art. 92 Ziff. 1 ForstG. (Art. 91 Ziff. 1 ä. F.) bedroht in dem hier in Rede stehenden Halbsatze mit Strafe „das unbefugte Betreten künstlicher Ansaaten oder Pflanzungen unter sechs Jahren und besonders das Betreten derselben mit Pferden oder anderem Viehe". Er ist in ständiger Rechtsprechung (vgl. ObGH. Bd. 7 S. 501, Bd. 9 S. 408; OLG. München Bd. 1 S. 259, Bd. 4 S. 89, Bd. 6 S. 1; ObGH. Bd. 4 S. 122, 389, Bd. 10 S. 154) dahin ausgelegt worden, daß das Betreten der sogenannten Kulturen durch Menschen strafbar ist, sofern es unbefugt d. h. ohne Berechtigung geschieht, das Betreten mit Tieren dagegen allgemein und ohne Rücksicht auf eine deren Besitzer oder Begleiter etwa zustehende Berechtigung. Dieser Auslegung steht nun allerdings die Meinung entgegen, die sich in älteren Quellen vertreten findet (Brater, Kommentar zum ForstG. in Dollmanns Sammlg. Bd. II, 1 S. 552 zu Art. 87, S. 558 Note 3 zu Art. 91, dann in den [hier teilweise angezogenen] Entscheidungen des Oberappell.-Gerichts in Bd. I S. 376, Bd. VI S. 207 ZfGR.); dort wird, wenn auch mehr beiläufig und im Zusammenhang mit der Erörterung anderweitiger Fragen, das Wort „unbefugt" auch auf das „Betreten mit Pferden oder . . . Vieh" bezogen. Nach den Regeln des Satzbaues ist denn auch eine solche Beziehung nicht ausgeschlossen. Gleichwohl nimmt die angeführte neuere Rechtsprechung für ihre gegenteilige Auffassung nicht nur den Zweck, sondern mehrfach auch den Wortlaut des Gesetzes in Anspruch, und der erkennende Senat glaubt an ihr festhalten zu sollen. (Nun folgen die größtenteils in den angezogenen Urteilen angeführten Gründe). Die Angriffe, die in der neuesten Zeit gegen die hier vertretene Anwendung des Art. 92 ForstG. erhoben worden sind (von Pfister in dieser Zeitschrift Bd. IV (1908) S. 113 ff., von Schiedermair in den „strafrechtl. Nebengesetzen Bayerns", S. 217, 219 lit. e), gehen fehl. Pfister behauptet eine Veränderung der Rechtslage durch die sachenrechtlichen Normen des BGB.; dem gegenüber hat schon das LG. zutreffend auf den Art. 109 EG. BGB. verwiesen, nach dessen Grundgedanken die landesrechtlichen Vorschriften über eine im öffentlichen Interesse erfolgende Beschränkung von Rechten von dem neuen bürgerlichen Recht unberührt bleiben. In gewissem Sinn ist auch Art. 111 EG. hier der Rechtsähnlichkeit halber verwertbar (vgl. Keidel, BGB. nach v. Staudinger, Anm. 2 zu Art. 111, ferner zu Art. 109 die Mot. zum Entw. des EG., Art. 42 S. 162). Im allgemeinen sei jedoch bemerkt, daß das EG. BGB. an und für sich rein öffentlichrechtliche Normen eines Bundesstaates nicht einengen sollte; seine Regelung befaßt sich in der hier fraglichen Artikelreihe nur mit den Grenzgebieten zwischen privatem und öffentlichem Recht; ein solches Gebiet ist bei Art. 92 ForstG. nicht in Frage. Keinesfalls können die von Pfister angezogenen Art. 113, 115 oder gar der Art. 55 EG. der öffentlichrechtlichen Vorschrift des Art. 92 ForstG. irgendwie Abbruch tun. Einen besonderen Standpunkt nimmt Schiedermair ein, indem er (S. 217) den richtigen Satz, daß ein zivilrechtlich erlaubtes Handeln niemals einen Forstfrevel durch Entwendung (Art. 79—87 Ges.) begründen kann, auf die Forstfrevel durch Beschädigung, die Uebertretung forstpolizeilicher Bestimmungen und andere Gefährden (Art. 88—100) ausdehnt. Diese Gleichstellung ist indessen nur zum Teil richtig, nämlich da, wo der Mangel einer Befugnis zum Tatbestande der Uebertretung gehört; dies ergibt sich jeweils aus der Gesetzesnorm selbst (vgl. beispielsweise die Art. 88 90 Abs. I und II, 93 Ziff. 3, 94 Ziff. 1 und 5); wo dagegen die Gefährdung der Waldwirtschaft bekämpft werden soll, da unterscheidet das Gesetz nicht zwischen privatrechtlich erlaubten und verbotenen Handlungen (s. z. B. Art. 89, hiezu v. Ganghofer S. 267 unten, S. 285 oben, Art. 93 Ziff. 1, 2, 4 (teilweise), 6, Art. 94 Ziff. 3, Art. 96 Abs. 1). In die letztere Reihe gehört nun auch Art. 92 insoweit, als in ihm nicht ausdrücklich nur das unbefugte, unerlaubte Tun, das Handeln außerhalb der Erlaubnis (Ziff. 1, erster Fall) geahndet wird. Beispielsweise wird das Abreißen von Hege- und Wehrzeichen oder von gewissen Grenzzeichen auch dem Grundstückeigentümer verboten sein (v. Ganghofer Note 10). Die Eigenschaft des Betretens von jungen Pflanzungen mit Vieh als Gefährdungsdelikt ergibt auch der Art. 95, wonach bei dem Eintrieb von Tieren in ältere Pflanzungen nur der Erfolg einer wirklichen Beschädigung strafbar macht (v. Ganghofer Note 8 zu Art. 92). Kein Gegner der hier vertretenen Auslegung ist Meisner, (Nachbarrecht 2. Aufl. S. 338), der sich im Texte sogar auf den Boden der bisherigen Rechtsprechung stellt; seine an sich beachtenswerte Unterscheidung zwischen Kulturen, die zur Erhaltung und Verjüngung des Waldes notwendig sind, und solchen, die man nur um des höhern Ertrages willen mittels beliebiger Abänderung von Holz- oder Betriebsarten vornimmt — bloßen Verbesserungen —, ist für das hier fragliche Polizeiverbot ohne Belang, hierauf wohl auch gar nicht berechnet. (Urt. vom 9. Mai 1914 Rev.-Reg. Nr. 234/1914). Ed.

3419

II.

Unter welchen Voraussetzungen darf erlegtes Wild oder dessen Erlös eingezogen werden? wie ist der Ausdruck „können" in Art. 18 PStGB. und in § 42 StGB. aufzufassen? A. fand in seinem Jagdbezirke einen toten Kitzbock und verkaufte ihn an einen Wildbrethändler. Die Polizei beschlagnahmte den Bock bei diesem und ließ ihn versteigern; der Erlös wurde beim Amtsgericht hinterlegt. Auf den Antrag des Amtsanwalts, nach § 477 StPO. den Erlös einzuziehen, erkannte das Schöffengericht auf Hinausgabe des Erlöses an A. Die Berufung hiegegen und die Revision wurden verworfen.

Aus den Gründen: Der § 8 VO. vom 6. Juni 1909, die Ausübung und Behandlung der Jagden betr., verbietet — vorbehaltlich der hier nicht in Frage kommenden Bestimmung in § 9 Ziff. 3 — die Versendung und die Veräußerung von Rehkitzen für das ganze Jahr. § 18 VO. bedroht die Zuwiderhandlung gegen § 8 mit einer Geldstrafe. Eine selbständige Bedeutung kommt dieser Strafbestimmung nicht zu; sie ist nur eine Wiederholung der Strafbestimmung des Art. 23 Nr. 5 JG. Die VO. vom 6. Juni 1909 wurde erlassen auf Grund des Art. 125 PStGB. und des Art. 23 Abs. 1 Ziff. 5 JG., dann des § 368 Ziff. 9 und 11 StGB. Der Art. 125 Abs. 1 PStGB. lautet: „Die Uebertretung der gesetzlichen Bestimmungen über Ausübung der Jagd und der nach Maßgabe des Gesetzes im Verordnungswege erlassenen jagdpolizeilichen Vorschriften wird nach den hierüber bestehenden Gesetzen bestraft",

[1]) Vgl. hierzu den Aufsatz auf S. 317 dieser Nummer.

und Art. 23 Ziff. 5 JG. bedroht den mit einer Geldstrafe bis zu 45 *M*, der bei Ausübung der Jagd sich gegen im Verordnungswege erlassene jagdpolizeiliche Vorschriften verfehlt. Weder der Art. 125 PStGB. noch ein anderes Gesetz hat die Ausdehnung des Art. 23 Ziff. 5 JG. auf andere, nicht bei Ausübung der Jagd vorkommende Zuwiderhandlungen gegen jagdpolizeiliche Vorschriften für zulässig erklärt. Die Bestimmungen in §§ 8, 9 und 10 VO. vom 6. Juni 1909 mögen jagdpolizeilicher Natur sein, allein die Versendung oder der Verkauf von Rehkitzen gegen das in § 8 VO. ausgesprochene Verbot wird deshalb noch nicht zu einer Verfehlung, die „bei Ausübung der Jagd" begangen wird. Der Begriff „Jagen" i. S. des JG. ist der gleiche wie im § 292 StGB. Hiernach ist aber unter Jagen, Jagdausübung jede auf Erlegung oder Ergreifung von jagdbaren Tieren gerichtete Handlung zu verstehen. Der Jagdberechtigte darf auch das von ihm nicht erlegte, aber in seinem Jagdbezirke tot aufgefundene Wild auf Grund seines Jagdausübungsrechtes sich aneignen. Mit der Aneignung des Wildes ist die auf die Ausübung des Jagdrechtes an diesem Wilde gerichtete Tätigkeit abgeschlossen. Die sich anschließenden Verfügungen über das Wild, insbesondere auch der Verkauf, sind ein Ausfluß seines an dem Wilde erlangten Eigentums. Die Vorschrift des § 8 VO. vom 6. Juni 1909 wird sohin durch den Art. 23 Ziff. 5 JG. nicht gedeckt und die Androhung einer Strafe in § 18 VO. für den Fall der Zuwiderhandlung gegen § 8 entbehrt der rechtlichen Wirksamkeit. Hienach liegt in dem Verkaufe des Rehkitzes nach dem derzeitigen Stande der Gesetzgebung keine strafbare Handlung. Dem trug auch der letzte Entwurf eines Gesetzes betr. die Aenderung des PStGB. durch eine ergänzende Bestimmung Rechnung. Die Einziehung des Rehkitzes oder des Erlöses ist unter diesen Umständen nicht zulässig. Der Abs. 3 des Art. 125 PStGB. lautet: „Unbeschadet der nach Maßgabe des Abs. 1 verwirkten Strafe unterliegt Wild, das mit Uebertretung der die Hege oder Hegezeit betreffenden Bestimmungen erlegt wird, desgleichen Wild, welches während der für die betreffende Wildgattung festgesetzten Zeit . . . . zum Verkaufe gebracht wird, der Einziehung." Nach der Rechtsprechung (ObGH. 1, 1ff. und ObLG. 8, 384; 9, 205) trägt diese Bestimmung den Charakter einer Nebenstrafe, die nur den trifft, der sich einer Uebertretung i. S. des Abs. 1 des Artikels schuldig macht, die aber die Rechte Dritter, an der Uebertretung nicht Beteiligter, unberührt läßt. Notwendige Voraussetzung für die Einziehung ist sohin auch nach Art. 18 PStGB., das Vorhandensein einer objektiv strafbaren Handlung, wegen deren bei strafgerichtlicher Verurteilung des Täters auf Einziehung erkannt werden müßte oder könnte. Diese Voraussetzungen fehlen hier; die Einziehung des verkauften Rehkitzes oder des Erlöses kann daher auch nicht als Nebenstrafe wegen des Verkaufes ausgesprochen werden.

Dagegen kann die auf die bayerische Rechtsprechung in den letzten Jahren gestützte Anschauung der Vorinstanz, daß die in Art. 18 PStGB. und in § 42 StGB. vorgesehenen Maßnahmen in das Ermessen des Richters gestellt seien, nach neuer Prüfung der Rechtsfrage nicht gebilligt werden. Nach den Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Abgeordneten von 1871/72 S. 101 wurde Art. 18 dem Wortlaute des § 42 StGB. angepaßt, um keine Verschiedenheit der Auslegung und Rechtsanwendung zu verursachen; hiernach sollte der Ausdruck „können" in Art. 18 PStGB. ebenso ausgelegt werden wie in § 42 StGB. Bei der Beratung des Art. 18 (Art. 17 des Entwurfs) wurde zwar von einem Abgeordneten unter Zustimmung des Ministerialkommissärs die Anschauung vertreten, daß die in § 42 StGB. enthaltenen Maßnahmen auf das richterliche Ermessen abgestellt sind; allein die Abgeordnetenkammer war zur Auslegung des StGB. nicht berufen. Für § 42 StGB. aber steht jetzt die überwiegende Zahl der Rechtslehrer und auch die Rechtsprechung des RG. auf dem Standpunkte, daß der Richter in den Fällen, in denen im Strafurteil die einschlägigen Maßnahmen ausgesprochen werden müssen, dies auch im objektiven Verfahren tun muß (Olshausen Komm. z. StGB. 9. Aufl. § 42 Note 9, Rüdorff-Stenglein Komm. z. StGB. § 42, RG. 28, 122). Hiernach ist auch im Falle des Art. 18 PStGB. der Ausspruch auf Einziehung dann geboten, wenn nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs die Einziehung im Strafurteile auszusprechen ist, während er in das Ermessen des Gerichts gestellt bleibt, in den Fällen, in denen im Strafurteile die Einziehung ausgesprochen werden kann (so auch Urteil des ObLG. in StS. vom 13. Januar 1903 Rev.-Reg. Nr. 290/1902). (Urt. vom 28. April 1914 Rev.-Reg. Nr. 178/1914). Ed.

3420

Bücheranzeigen.

Neukamp, Dr. Ernst, Reichsgerichtsrat. Die gewerberechtlichen Nebengesetze. XIX, 502 S. Tübingen 1914, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Das Werk bildet die unentbehrliche Ergänzung zu der bekannten trefflichen Gewerbeordnung des Verfassers. Besonders zweckmäßig ist der erschöpfende Abdruck der reichs- und landesrechtlichen Vollzugsvorschriften.

Vollwein, Markus, K. Oberlandesgerichtsrat in München. Bayer. Jagdgesetz und die Gesetze über den Ersatz des Wildschadens. 9. Aufl. IX, 466 S. München 1914, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 4.20.

Das Buch ist nun seit über 25 Jahren der Führer auf dem Gebiete des bayerischen Jagdrechts und so allgemein bekannt, daß ein Hinweis auf das Erscheinen der neuen Auflage genügen wird. Besonders wertvoll ist neben den erschöpfenden Erläuterungen die Beigabe von zahlreichen Ausführungsvorschriften, Nebengesetzen u. dgl.

Ebermayer, Dr. L., Reichsgerichtsrat, stellv. Vorsitzender der Strafrechtskommission. Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches. VIII, 104 S. Berlin 1914, Otto Liebmann. Brosch. Mk. 3.—

Da der Entwurf der Oeffentlichkeit vorerst nicht zugänglich gemacht wird, bildet dieser streng sachliche Bericht neben den zahlreichen Einzelaufsätzen in Zeitschriften die Grundlage für die Besprechung des Entwurfs in der Fachpresse und für die Forschungen derer, die den Werdegang des neuen Rechts verfolgen wollen.

Rosenthal, Heinrich, Landgerichtsdirektor in Danzig. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 9. Aufl. 1216 Seiten. Graudenz 1914, Gustav Roethes Verlagsbuchhandlung. Gebd. Mk. 8.50.

Die Erläuterungen sind nach dem gegenwärtigen Stande der Rechtsprechung und Wissenschaft neu bearbeitet. Namentlich sind die Beispiele den Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte entnommen. Zahlreiche Formblätter sowie einige Zeichnungen, z. B. zum Hypothekenrecht und zum Erbrecht, veranschaulichen den Inhalt des Gesetzes. Das Sachregister ist durch eine große Zahl von Stichwörtern bereichert, die im Gesetze selbst nicht vorkommen, aber in der Rechts- und Geschäftssprache üblich sind; dadurch wird nicht bloß dem Juristen, sondern namentlich dem im Gesetz Auskunft suchenden Laien das Zurechtfinden erleichtert. Die neue Auflage ist erheblich vergrößert. Der außerordentliche buch-

händlerische Erfolg des Buches, nicht bloß bei Juristen und Verwaltungsbeamten, sondern auch in den Kreisen der gebildeten Laien, ist der beste Beweis für den Wert seines Inhalts. Zu erwägen wäre bei der nächsten Auflage vielleicht, ob denn die zahlreichen Sperrungen und Fettdruckstellen einen besonderen Wert haben. Sie sind viel zu häufig angebracht, als daß sie eine bessere Uebersicht bieten könnten, und wirken eigentlich nur störend auf das Auge.

Schmitt, Hermann, K. Ministerialrat im Staatsministerium der Justiz. Geschäftsordnung für die Notariate in Bayern vom 30. Oktober 1913. XVI, 209 Seiten. München 1913, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oskar Beck). Gebd. Mk. 2.—.

Die Anmerkungen, die der neuen Geschäftsordnung beigegeben sind, heben insbesondere die Neuerungen gegenüber der alten hervor und geben vielfach auch die Gründe an, die zur Umarbeitung geführt haben.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Gesetzgeberische Maßnahmen aus Anlaß des Krieges. Das Reichsgesetzblatt bringt in Nr. 53 bis 59 die Gesetze und die Bundesratsbekanntmachungen, die dazu bestimmt sind, Deutschland finanziell und volkswirtschaftlich kriegsbereit zu machen. Die finanziellen Maßnahmen sind einschneidend. Dem Kriegsausbruch ist eine außergewöhnliche Spannung des Geldumlaufs auf dem Fuße gefolgt, der Bedarf des Verkehrs an Zahlungsmitteln hat sich weit über das gewohnte Maß gesteigert. Andererseits trat das Bedürfnis hervor, der Zurückweisung der papierenen Umlaufmittel durch grundlos ängstliche Kreise des Publikums, die zu einer Gefahr für die Sicherheit des gesamten Geldwesens zu werden drohte, entgegenzuwirken. Noch dringlicher war die Notwendigkeit, den Goldbestand der Reichsbank, der die Grundfeste für das Geld- und Kreditwesen des ganzen Landes ist, vor übermäßigem Abflusse zu schützen und tunlichst ungeschmälert zu erhalten. Diesen Zwecken dienen die Gesetze vom 4. August 1914 betr. Aenderung des Bankwesens (RGBl. S. 327), betr. die Ergänzung der Reichsschuldenordnung (RGBl. S. 325), betr. die Reichskassenscheine und die Banknoten (RGBl. S. 347) und betr. Aenderung des Münzgesetzes (RGBl. S. 326). Die Schranke, die der Notenausgabe der Reichsbank durch die Besteuerung des Notenumlaufs gezogen ist, der über ihren Barvorrat und das steuerfreie Kontingent hinausgeht, ist bis auf weiteres aufgehoben. Zur Notendeckung sind auch Wechsel des Reichs ohne die Unterschrift weiterer Verpflichteter und Schuldverschreibungen des Reichs für geeignet erklärt. Die Reichskassenscheine haben bis auf weiteres die Eigenschaft eines gesetzlichen Zahlungsmittels. Die Reichsbank und die Reichshauptkasse sind vorerst zur Einlösung der Reichsbanknoten und der Reichskassenscheine nicht mehr verpflichtet. Den privaten Notenbanken ist die gleiche Vergünstigung zwar nicht zugestanden worden, sie werden vor spekulativer Entziehung ihrer Goldbestände aber dadurch geschützt, daß sie zur Einlösung ihrer Noten Reichsbanknoten verwenden dürfen. Die Verpflichtung der Reichsbankhauptkasse und der Reichsbankhauptstellen, Silber-, Nickel- und Kupfermünzen von bestimmter Menge in Gold umzuwechseln, ist beseitigt; an der Stelle von Gold können Reichskassenscheine und Reichsbanknoten verabfolgt werden.

Dem allgemeinen Kreditbedürfnisse sollen Darlehenskassen dienen, die selbständige Einrichtungen mit den Rechten juristischer Personen sind und unter der Leitung des Reichskanzlers von der Reichsbank auf Rechnung des Reichs verwaltet werden (Darlehenskassengesetz vom 4. August 1914 RGBl. S. 340). Sie sind vorzüglich zur Förderung des Handels- und Gewerbebetriebes bestimmt und geben gegen Verpfändung von Waren und Wertpapieren Darlehen durch Ausgabe von papiergeldähnlichen Darlehenskassenscheinen. Diese Darlehenskassenscheine, die zwar nicht mit einem Zwangskurs ausgestattet sind, aber von den öffentlichen Kassen in Zahlung genommen werden müssen, wirken gleichzeitig als allgemeine Verstärkung der Umlaufmittel. Die Darlehenskassen haben sich schon in den Jahren 1848, 1866 und 1870 gut bewährt.

Das Gesetz betr. die Abwicklung von börsenmäßigen Zeitgeschäften in Waren vom gleichen Tage (RGBl. S. 336) regelt die Liquidation von Börsentermingeschäften, die vor dem 1. August d. Jrs. geschlossen und erst nach der Verkündung des Gesetzes zu erfüllen sind.

Einfuhrerleichterungen für Fleisch und Lebensmittel sind im Gesetz betr. vorübergehende Einfuhrerleichterungen (RGBl. S. 338) vorgesehen. Dem Wucher mit Gegenständen des täglichen Bedarfs, besonders mit Nahrungs- und Futtermitteln, wirkt das Gesetz betr. Höchstpreise (RGBl. S. 339) entgegen.

Zur Erleichterung für die Industrie, deren für den Heeresbedarf und die Nahrungsmittelversorgung arbeitender Teil einer außerordentlichen Arbeitsanhäufung gegenübersteht, während andere ihrer Zweige um die Existenz zu ringen haben werden, sind Ausnahmen von den Beschränkungen, die die Gewerbeordnung für die Beschäftigung von Arbeitern vorsieht, zugelassen (Ges. vom 4. August 1914 betr. Ausnahmen von Beschäftigungsbeschränkungen gewerblicher Arbeiter RGBl. S. 333).

Die nachhaltige Leistungsfähigkeit der Krankenkassen, die durch die Einberufung des arbeitsfähigsten Teils des Volks zu den Waffen und durch die zu erwartende Arbeitslosigkeit viele Beiträge verlieren, dagegen mit einer relativen Mehrung der Unterstützungsfälle zu rechnen haben, sucht das Gesetz vom 4. August 1914 betr. Sicherung der Leistungsfähigkeit der Krankenkassen (RGBl. S. 337) zu gewährleisten. Ein weiteres Gesetz vom gleichen Tage (RGBl. S. 334) erhält den zum Kriegsdienst Einberufenen die Anwartschaften aus der Krankenversicherung.

Von großer Bedeutung für den Rechtsverkehr ist das Gesetz betr. den Schutz der infolge des Kriegs an der Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen vom 4. August 1914 (RGBl. S. 328). Der § 247 ZPO. gibt den im Kriege stehenden Personen keinen ausreichenden Schutz gegen prozessuale Nachteile, die ihnen aus ihrer Abwesenheit entstehen können. Das Gesetz schließt sich in den Grundzügen an jenes an, das am 21. Juli 1870 für die Dauer des damaligen Kriegszustandes erlassen wurde und sich im Ganzen bewährte. Das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird, wenn eine zum Kriegsdienst einberufene, nicht vertretene Person als Partei beteiligt ist, bis zur Beendigung des Kriegszustands oder bis zur früheren eigenen Aufnahme des Verfahrens unterbrochen. Die Zwangsvollstreckung gegen solche Personen ist im weitesten Umfang eingeschränkt. Das Gesetz schützt sie gegen den Ausschluß ihrer Rechte im Konkurs-, Aufgebots-, Verteilungs-, Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren und hemmt für und gegen sie die Verjährung und den Lauf bestimmter Fristen.

Das Gesetz über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen und über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse vom 4. August 1914 (RGBl. S. 327) verlängert die Fristen für die Handlungen, deren es zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts oder des Regreßrechts aus dem Scheck bedarf, wenn die Einhaltung der Fristen durch die höhere Gewalt des Kriegs verhindert wird (§ 1), und gestattet gleichzeitig die allgemeine Verlängerung dieser Fristen durch Kaiserliche Verordnung (§ 2). Von besonderer Tragweite ist der § 3 des Gesetzes, der den Bundesrat

ermächtigt, während der Zeit des Kriegs die gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, die sich zur Abhilfe wirtschaftlicher Schädigungen als notwendig erweisen.

Auf Grund dieses § 3 hat der Bundesrat bereits eine Reihe überaus wichtiger und in das Rechtsleben tief eingreifender Maßnahmen beschlossen.

Durch die Bekanntmachungen des Bundesrats vom 6. und 7. August 1914 (RGBl. S. 357 und 361) sind die in Betracht kommenden Fristen des Wechsel- und Scheckrechts, soweit sie nicht am 31. Juli 1914 abgelaufen waren, allgemein bis auf weiteres um 30 Tage verlängert und die Vorschriften des § 1 des Gesetzes auch dann für anwendbar erklärt, wenn die rechtzeitige Vornahme der rechtserhaltenden Handlung durch eine ausländische gesetzliche Vorschrift verhindert wird.

Die Bekanntmachung des Bundesrats vom 7. August 1914 über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen (RGBl. S. 359) regelt für Deutschland die brennende Frage des sog. Moratoriums. In Uebereinstimmung mit der in weiten wirtschaftlichen Kreisen des Volks vertretenen Anschauung hat der Bundesrat es als unnötig und gefährlich abgelehnt, nach dem Beispiel der anderen kriegführenden Staaten ein allgemeines Moratorium zu erlassen. Dagegen hat er das zweifellos vorhandene Bedürfnis, soliden und durch die wirtschaftlichen Rückwirkungen des Kriegs vorübergehend in Bedrängnis und Zahlungsschwierigkeiten geratenen Schuldnern Schutz zu gewähren, anerkannt. Die Gerichte können dem Schuldner auf sein Verlangen eine Zahlungsfrist von vorerst längstens drei Monaten bewilligen, wenn seine Lage sie rechtfertigt und der Aufschub der Zahlung dem Gläubiger nicht einen unverhältnismäßigen Nachteil bringt. Die Zahlungsfrist wird bei rechtshängigen Ansprüchen durch Bestimmung im Urteil, im Vollstreckungsverfahren durch zeitweilige Einstellung der Vollstreckung gewährt. Ist die Forderung noch nicht eingeklagt, so kann der Schuldner, wenn er sie anerkennt, die Festsetzung der Frist in einem Anerkenntnisurteil erwirken. Anerkenntnisurteile dieser Art und Vergleiche werden durch Gebührenvergünstigungen erleichtert. Die Umstände, die die Zahlungsfrist rechtfertigen sollen, müssen dem Gerichte glaubhaft gemacht werden. Das Gesetz hat mit diesem gerichtlichen Moratorium den Gerichten eine verantwortungsvolle und schwierige Aufgabe übertragen. Soll der Zweck, den ehrlichen Schuldnern über die Kriegsnot wegzuhelfen, erreicht und das von vielen Seiten verlangte allgemeine Moratorium wirklich dauernd entbehrlich gemacht werden, so wird eine allzugroße Zurückhaltung in der Anwendung des Gesetzes vermieden werden müssen; andererseits aber werden die Gerichte im Interesse der Sicherheit des Geschäftsverkehrs und des Rechtslebens nicht unterlassen dürfen, den wahrscheinlich sehr häufigen Versuchen, mißbräuchlich den Schutz des Gesetzes zu erschleichen, entgegenzutreten.

Angesichts der Moratorien des Auslands konnte auch die Verfolgung ausländischer Ansprüche vor den inländischen Gerichten nicht unbeschränkt bleiben. Nach der Bekanntmachung des Bundesrat vom 7. August 1914 (RGBl. S. 360) ist die Geltendmachung solcher Ansprüche, die vor dem 31. Juli 1914 entstanden sind, vor den inländischen Gerichten bis zum 31. Oktober 1914 ausgeschlossen; Ausnahmen kann der Reichskanzler zulassen; er kann aber auch aus Gründen der Vergeltung weitere Einschränkungen anordnen. In Ergänzung dieses „Gegenmoratoriums" schiebt die Bekanntmachung vom 10. August 1914 (RGBl. S. 368) die Fälligkeit der im Ausland vor dem 31. Juli 1914 auf das Inland ausgestellten Wechsel um drei Monate hinaus. Nach der Bekanntmachung vom 12. August 1914 (RGBl. S. 369) sind diese Wechsel von der Fälligkeit an mit 6 % zu verzinsen.

Unter dem 8. August d. Jrs. hat der Bundesrat Anordnungen getroffen, um Geschäfte, die durch den Krieg in Zahlungsunfähigkeit geraten, die aber an sich lebensfähig sind und zu der Erwartung berechtigen, daß ihre Zahlungsunfähigkeit mit der Beendigung des Kriegszustands sich beheben wird, zu halten und vor dem Zusammenbruch im Konkurs zu retten (RGBl. S. 363). In solchen Fällen soll das Konkursgericht die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkursverfahrens anordnen können. Die Aufsicht wird durch gerichtlich bestellte Personen ausgeübt und hat den Zweck, unbeschadet der Sicherung des Vermögens für die Gläubiger und ihrer Befriedigung aus den Erträgnissen des Geschäfts die wirtschaftliche Existenz des Schuldners zu erhalten. Sie unterwirft den Schuldner weitgehenden Beschränkungen. Arreste, Zwangsvollstreckungen und die Konkurseröffnung sind während ihrer Dauer ausgeschlossen oder nur für später entstandene Forderungen möglich.

Im Zusammenhang damit setzt eine Bekanntmachung des Bundesrats vom gleichen Tage (RGBl. S. 364) zugunsten der handelsrechtlichen Gesellschaften und der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften die Verpflichtung, beim Eintritte der Zahlungsunfähigkeit sofort die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, und das Verbot von Zahlungen nach dem Eintritte der Zahlungsunfähigkeit bis auf weiteres außer Kraft.

Mit dieser Bekanntmachung wird die Reihe der zur finanziellen und wirtschaftlichen Mobilmachung notwendigen Maßnahmen vorläufig zum Abschluß gekommen sein. Ob allerdings die Bestimmungen über die Bewilligung von Zahlungsfristen dem Bedürfnisse genügen, werden erst die Erfahrungen der nächsten Zukunft lehren.[1])

Sprachecke des Allgem. Deutschen Sprachvereins.

Ein einfaches Mittel. Das verschwommenste aller unserer Fremdwörter ist das Wort Interesse. Man kann es häufig weglassen, ohne daß der Sinn geändert wird; manchmal wird der Satz dadurch sogar kräftiger und verständlicher. Ein paar Beispiele mögen es zeigen. Der bedeutendste deutsch-österreichische Schutzverein, der deutsche Schulverein, nannte seine Zeitung, den Getreuen Eckart, anfangs „Monatsschrift für die Gesamtinteressen deutscher Schutzarbeit". Im Kampfe für die Reinheit unserer Muttersprache erkannten aber die Ostmärker, daß das **größte fremdsprachliche Wucherkraut im Garten der deutschen Sprache**, das Wort Interesse, samt seiner Sippe oft so nichtssagend ist, daß man es herausziehen und wegwerfen kann, ohne daß das Ganze Schaden leidet. Sagt der jetzige Untertitel „Monatsschrift für deutsche Schutzarbeit" nicht dasselbe wie der ursprüngliche Untertitel? Sogar in Einharts prächtige deutsche Geschichte war das Wort Interesse als einziges Fremdwort eingedrungen, obwohl der schwerfällige Ausdruck „Im Interesse der Erhaltung des Volkstums" zum schönen sprachlichen Gewande dieses Volksbuches nicht paßte. In der zweiten Auflage des Buches war daher der Schmarotzer verschwunden; da las man Seite 370 das flüssige „für die Erhaltung des Volkstums". Ebenso überflüssig ist das Fremdwort in dem Titel einer vielen Provinzzeitungen beigefügten Beilage: „Zeitschrift für die Interessen der Landwirtschaft". In ihrem Werke „Die Waffen nieder" sagt Berta von Suttner Seite 196: „das erfordert unsere Ehre und das Interesse unserer Machtstellung". Man lasse „das Interesse" weg und man wird zugeben, daß der Satz dadurch an Kraft gewinnt. Vielleicht werden diese Bemerkungen über die vergängliche Fremdwörterherrlichkeit manchen Leser veranlassen, das Wort Interesse zu „verfolgen".

[1]) Im übrigen sei verwiesen auf die BRBek. vom 18. August 1914 (RGBl. S. 377) und die JMBek. vom 16. August 1914 (JMBl. S. 143), bei deren Erscheinen die vorliegende Nummer schon gesetzt war. — Eine Buchausgabe mit dem vollständigen Text sämtlicher „Kriegsgesetze", der JMBek. und einem Register erschien soeben bei J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München. Preis 1.10 M.

Verantwortl. Herausgeber i. V.: E. Eckert, Landgerichtsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

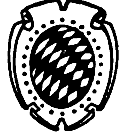
Nr. 18. München, den 15. September 1914. 10. Jahrg.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)



Erläuterungen zum Gesetze vom 4. August 1914, betreffend den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen.

Von Reichsgerichtsrat **Karl Mansfeld**.

Dem Verständnis dieses wirtschaftlich bedeutungsvollen, der Kriegsnot Rechnung tragenden Gesetzes, das die Fürsorgemaßregeln des Gesetzes vom 21. Juli 1870 aufgenommen, zum Teil erweitert und der neueren Gesetzgebung angepaßt hat, sollen die folgenden Ausführungen dienen, die im wesentlichen sich auf die „Begründung" zum Entwurfe des Gesetzes (Drucks. des Reichstags 13. Gesetzgebungsabschnitt 2. Sitzungszeitraum 1914 Nr. 11) stützen; sie machen auf Vollständigkeit keinen Anspruch.

Zweck des Gesetzes ist der Schutz der durch den Krieg Behinderten; das muß bei der Entscheidung auftauchender Zweifelsfragen ausschlaggebend sein. Gegen das Schutzbedürfnis der Kriegsbeteiligten treten die damit unverträglichen Interessen ihrer Rechtsgegner zurück. Geschützt sollen werden die Personen, die sich in einem der in § 2 Nr. 1—3 des Gesetzes bezeichneten Verhältnisse befinden, ferner, soweit sie prozeßunfähig sind (§§ 112, 113 BGB.!), die natürlichen — nicht die juristischen — Personen, deren gesetzliche Vertreter in einem jener Verhältnisse stehen (§ 9). Der Schutz wird gewährt, sobald eine Person oder ihr gesetzlicher Vertreter in eine Lage kommt, wie sie der § 2 vorsieht (Zugehörigkeit zur Land- oder Seemacht, dienstlicher Aufenthalt im Auslande — nicht bloß Feindeslande —, Kriegsgefangenschaft), frühestens von der Verkündung des Gesetzes an (4. Aug.); er dauert bis zum Aufhören jenes Verhältnisses, längstens bis zur Beendigung des Kriegszustandes, deren Zeitpunkt durch kaiserliche Verordnung bestimmt wird. Ob die Voraussetzungen für den Schutz vorliegen, hat der Richter im Einzelfalle zu prüfen.

Die Schutzmaßregeln sind: Unterbrechung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (§§ 2—4), Beschränkung der Zwangsvollstreckung (§ 5), Ausschluß oder Aussetzung des Konkursverfahrens gegen den Kriegsbeteiligten (§ 6), Schutz seiner Rechte in einem gegen andere gerichteten Verfahren (§ 7), Hemmung der Verjährung (§ 8).

Das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, d. h. jedes Verfahren, auch das Mahnverfahren, nur nicht das schiedsrichterliche der §§ 1025 ff. ZPO. (RG. 62, 24) unterliegt nicht etwa nur der Aussetzung durch richterliche Anordnung, sondern wird kraft Gesetzes unterbrochen, wenn eine Partei, klagende oder beklagte, kriegsbeteiligt ist. Das gilt auch für das Verfahren vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten und mit einem Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung für das vor den besonderen Gerichten des § 14 GVG. (§ 10 des Gesetzes). Es gilt für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die bei Verkündung des Gesetzes anhängig sind oder nachher „anhängig werden" (§ 2). Das Anhängigmachen, durch Klagerhebung und gleichwertige Handlungen, ist also durch das Gesetz nicht ausgeschlossen. Dem Bedenken, daß auf die Klagschrift ein Verhandlungstermin nicht bestimmt werden dürfe, solange die Einlassungsfrist nicht laufe (§ 249 Abs. 1 ZPO.), begegnet die „Begründung" mit dem Hinweis darauf, daß „inzwischen die Unterbrechung des Verfahrens, namentlich durch Aufnahme seitens des Beklagten, beendigt werden" könne gemäß § 4.

Die Berücksichtigung des Gesetzeszwecks muß zu der Auslegung führen, daß das Nichtvorhandensein der Unterbrechungsvoraussetzungen von der Partei glaubhaft zu machen ist, die das Eingreifen oder die Fortsetzung der gerichtlichen Tätigkeit anruft. Der Kläger hat glaubhaft zu machen, daß der Beklagte nicht kriegsbeteiligt ist. Der Beklagte ist ja gerade durch den Krieg be-

hindert — wenn er zu den Personen der §§ 2, 9 gehört — der Klage gegenüber die gesetzlich eingetretene Unterbrechung geltend und glaubhaft zu machen, behindert im Sinne des Gesetzes auch dann, wenn er etwa die Klagschrift noch persönlich, nicht im Wege der Ersatzzustellung, zugestellt erhalten hat. Die dem Antragsteller obliegende Glaubhaftmachung kann mit allen Mitteln des § 294 ZPO., insbesondere auch durch eidesstattliche Versicherungen, obrigkeitliche Bescheinigungen, erfolgen. Ohne solche Glaubhaftmachung kann gegen Männer ein Versäumnisurteil nicht ergehen, auch wenn sie das landsturmpflichtige Alter überschritten haben, gegen Frauen, soweit nicht ihre Kriegsbeteiligung beim Roten Kreuz in Festungen oder im Gefolge der mobilen oder gegen den Feind verwendeten Teile der Land- oder Seemacht (§ 2 Ziff. 1) in Frage kommt, noch § 2 Ziff. 3 zutrifft.

In zwei Fällen wird das Verfahren nicht unterbrochen. Erstens, wenn der Kriegsbeteiligte einen persönlichen Sicherheitsarrest erwirkt hat und es sich um dessen Aufrechterhaltung oder Aufhebung handelt. Die Rücksicht auf die persönliche Freiheit des Gegners geht vor. Sodann, wenn der Kriegsbeteiligte vertreten ist. Gehört in diesem Falle auch der Vertreter zu den Kriegsbeteiligten, so ist zu unterscheiden, ob es sich um gesetzliche oder gewillkürte Vertretung handelt. Ist der gesetzliche Vertreter kriegsbeteiligt, so kann gemäß dem noch zu erörternden § 9 ein besonderer Vertreter bestellt werden. Gehört der gewählte Vertreter (Prozeßbevollmächtigte, Prokurist, Generalbevollmächtigte) des Kriegsbeteiligten zu den Personen des § 2, so meint die Begründung, es liege kein ausreichender Anlaß vor, die Unterbrechung anzuordnen. Es dürfe angenommen werden, daß in solchen Fällen durch Stellung eines Aussetzungsantrags oder Beschaffung eines anderen Vertreters für die Interessen der Partei werde gesorgt werden.

§ 3 Abs. 2 bestimmt nämlich, daß der Vertreter der kriegsbeteiligten Partei die Aussetzung des — von der Unterbrechung nicht betroffenen — Verfahrens beantragen kann, und daß das Prozeßgericht diesem Antrage stattzugeben hat. Allein die von der Begründung angenommene Möglichkeit wird bei der Eile der Mobilmachung in manchen Fällen nicht bestehen. Hier hilft m. E. der § 247 ZPO., wonach das Prozeßgericht auch von Amts wegen die Aussetzung des Verfahrens anordnen kann, wenn eine Partei zu Kriegszeiten sich im Militärdienste befindet. Der § 247 ist durch das Gesetz vom 4. August nicht beseitigt, er ist für dessen Geltungsdauer nur soweit gegenstandslos geworden, als das Gesetz die Unterbrechung anordnet. Unberührt geblieben ist namentlich auch die Aussetzungsbefugnis des Prozeßgerichts nach § 247 für den Fall, daß eine Partei durch Krieg von dem Verkehre mit dem Prozeßgericht abgeschnitten ist, und es entsprach den Verkehrsverhältnissen jedenfalls in den ersten Tagen der Mobilmachung, wenn die Gerichte den Erlaß von Versäumnisurteilen gegen außerhalb des Gerichtsorts sich Aufhaltende ablehnten.

Unterbrechung und Aussetzung hören auf mit Beendigung des Kriegszustandes (§§ 4, 11). Der Unterbrechung und Aussetzung kann der Kriegsbeteiligte jederzeit durch Aufnahme des Verfahrens mittels Zustellung eines Schriftsatzes ein Ende machen. Tut er das nicht, so endet während des Kriegszustandes die Unterbrechung nur durch Aufhören der Kriegsbeteiligung (§ 2). Jetzt kann auch der Gegner sich rühren. Er kann, wenn der bisherige Kriegsbeteiligte nicht binnen Monatsfrist seit Aufhören der Kriegsbeteiligung das Verfahren aufnimmt, selbst die Aufnahme betreiben. Die „Partei" (§ 2) kann zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung zur Hauptsache geladen werden. Hier (in § 4) bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß ein Versäumnisurteil gegen die Personen des § 2 nur erlassen werden kann, wenn der Ablauf der Monatsfrist seit Beendigung des nach § 2 maßgebenden Verhältnisses, also wenn diese Beendigung — vom Gegner und Antragsteller — glaubhaft gemacht ist.

Liegt schon ein vollstreckbarer Titel vor, so findet die Vollstreckung zwar statt, unterliegt aber gewissen Beschränkungen mit Rücksicht darauf, daß der Kriegsbeteiligte behindert ist, Einwendungen geltend zu machen und Deckung zu beschaffen. Bei Grundstücken und im Schiffsregister eingetragenen Schiffen ist Zwangsverwaltung zulässig, auch die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens, nicht aber die Versteigerung selbst. Bewegliche körperliche Sachen können gepfändet, nicht aber versteigert oder anderweit (§§ 821, 825 ZPO.) verwertet werden. Eine Ausnahme ist für verbrauchbare, der Wertverringerung ausgesetzte und teuer aufzubewahrende Sachen getroffen. Gepfändetes Geld kann an den Gläubiger abgeliefert werden (§ 815 ZPO.). In demselben Umfange ist auch die Durchführung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrauen und der unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder der Kriegsbeteiligten eingeschränkt. Wenn die Zwangsvollstreckung die Vermögensrechte berührt, die dem Manne auf Grund des ehelichen Güterrechts oder die den Eltern auf Grund der elterlichen Gewalt zustehen, findet die Versteigerung usw. nur in den Ausnahmefällen statt. Die Erwähnung der „Eltern" weist hier übrigens darauf hin, daß auch Frauen als Kriegsbeteiligte im Sinne des § 2 in Frage kommen können.

Die Vorschrift des § 5 gilt nur für die Vollstreckung wegen Geldforderungen, nicht für die Zwangsvollstreckung, bei der Versteigerung und anderweite Verwertung außer Betracht bleiben. Der Schutz der Kriegsbeteiligten bei der Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§§ 883—898 ZPO.) ergibt sich,

ebenso wie bei dem Offenbarungseidverfahren, aus den §§ 2—4 des Gesetzes: es handelt sich um ein „Verfahren“, das kraft Gesetzes unterbrochen wird. Die Begründung erwähnt zwar diese Arten der Zwangsvollstreckung nicht, das Gesagte folgt aber aus § 2 und dem Zwecke des Gesetzes.

Konkurs kann über das Vermögen eines Kriegsbeteiligten nur auf dessen Antrag eröffnet werden. Diese Vorschrift läßt die Rechte der Gläubiger hinter das Schutzbedürfnis, dem das Gesetz dient, so weit zurücktreten, daß nicht nur die Geltendmachung der Rechte hinausgeschoben wird, sondern unter Umständen die Rechte selbst verloren gehen können. Die Begründung des Entwurfs weist auf die Beschränkung des Anfechtungsrechts hin (§§ 30, 31 Abs. 2, 32 KO.). Ist das Konkursverfahren bei Inkrafttreten des Gesetzes schon anhängig oder nachher auf Antrag des Kriegsbeteiligten eröffnet worden, so kann auf seinen Antrag das Konkursgericht die Aussetzung des Verfahrens anordnen. Die Aussetzung hört, abgesehen von der Beendigung des Kriegszustandes (§ 11), auf „mit“ einem die Fortsetzung des Verfahrens anordnenden Gerichtsbeschlusse, d. h. mit seiner Rechtskraft (§ 73 KO.). Der Beschluß muß erlassen werden, wenn der Gemeinschuldner oder wenn unter Einhaltung der Monatsfrist des § 4 und Glaubhaftmachung ihres Ablaufs, also auch des Aufhörens der Kriegsbeteiligung, der Verwalter oder ein Konkursgläubiger es beantragt. Daß er erlassen werden könnte, wenn Verwalter oder Gläubiger vor Fristablauf oder ohne die Glaubhaftmachung den Antrag stellen, läßt zwar der Wortlaut, nicht aber der Sinn der Bestimmung und ihr Zusammenhang mit § 4 zu. Die in § 6 Abs. 4 vorgeschriebene öffentliche Bekanntmachung erfolgt in den Formen des § 76 KO.

Auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 4. August (RGBl. S. 327) hat der Bundesrat unter dem 8. August (RGBl. S. 363) eine Verordnung erlassen, wonach bei dem Konkursgerichte zur Abwendung des Konkurses die Anordnung einer Geschäftsaufsicht mit den in der Verordnung angegebenen Folgen beantragen kann, wer infolge des Krieges zahlungsunfähig (§ 102 KO.) geworden ist. Das gilt natürlich auch für die Personen des § 2 und gilt für die nicht prozeßfähigen, durch eine Person des § 2 gesetzlich vertretenen, natürlichen Personen, während für diese weder die Beschränkung der Zwangsvollsteckung noch die Aussetzung oder der Ausschluß des Konkursverfahrens Platz greift (§ 9). Bezüglich des Konkursverfahrens verneint die Begründung für diesen Fall das Vorliegen eines wesentlichen Bedürfnisses zur besonderen Fürsorge. Dem Gemeinschuldner werde in der Regel ein besonderer Vertreter vom Vormundschaftsgerichte bestellt werden, wenn der gesetzliche Vertreter infolge seiner Beteiligung am Kriege zur Wahrnehmung der Rechte nicht imstande sei. Dasselbe wird gegebenenfalls bei der Zwangsvollstreckung gelten müssen (§ 1909 BGB.), wenn nicht die Aussetzung oder Unterbrechung nach §§ 2—4 eintritt oder entsprechende Anwendung des § 57 ZPO. zur Bestellung eines besonderen Vertreters durch das Vollstreckungsgericht führt.

Richtet sich ein Konkursverfahren oder eine Zwangsversteigerung nicht gegen einen Kriegsbeteiligten, sondern gegen andere Personen, so wird ein solches Verfahren nicht dadurch berührt, daß Kriegsbeteiligte als Gläubiger oder anderweit Berechtigte daran teilnehmen (§ 7). Dasselbe gilt für das Aufgebots- und Verteilungsverfahren. Doch gibt das Gesetz diesen Kriegsbeteiligten einen gewissen Schutz gegen die Folgen der Versäumung von Terminen und Fristen, Unterlassung von Anmeldungen, Behinderung in der Geltendmachung von Rechten, aber nur dann, wenn sie keinen zur Wahrnehmung ihrer Rechte berufenen — gesetzlichen oder gewillkürten — Vertreter haben (§ 7 Ziff. 4).

1. Ist in einer der bezeichneten Verfahrensarten gegen Kriegsbeteiligte ein Versäumnisurteil (z. B. § 881 ZPO.) oder Ausschlußurteil (§§ 952, 987, 1017—§ 970 kommt nicht in Betracht) ergangen oder sind sie sonstwie als säumig behandelt oder mit ihren Rechten ausgeschlossen (z. B. § 66 ZwVGes.), so bleibt ihnen die Befugnis der Nachholung binnen sechs Monaten seit Beendigung von Kriegszustand oder Kriegsbeteiligung. Ist die Nachholung nicht mehr möglich, so steht ihnen ein Bereicherungsanspruch gegen den zu, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eingetreten ist. Nähere Bestimmungen darüber zu treffen, gegen wen der Anspruch zu richten ist, hat das Gesetz sich enthalten; die Begründung betont die Notwendigkeit der Beschränkung auf die Aufstellung allgemeiner Grundsätze. Die Frage nach dem Gegner für die Bereicherungsklage ist aus den Verhältnissen des Einzelfalls zu beantworten.

2. Bei Verteilungen sollen von Kriegsbeteiligten angemeldete oder ihnen „mutmaßlich zustehende“ Forderungen und Vorrechte wie festgestellte behandelt und die entsprechenden Beträge hinterlegt werden. Ueber die Gestaltung des Verfahrens hierbei sind nähere Vorschriften absichtlich unterblieben. Schwierigkeiten werden sich kaum ergeben.

3. Werden Kriegsbeteiligte in der Zwangsversteigerung wegen ihrer aus dem Grundstücke zu befriedigenden Forderungen, Grund- und Rentenschulden durch das Meistgebot nicht gedeckt, so kann der Zuschlag versagt und ein neuer Versteigerungstermin bestimmt werden, wenn die Annahme eines günstigeren Ergebnisses durch die Umstände begründet wird.

Eine weitere Schutzmaßregel ist endlich die Hemmung der Verjährung. § 203 BGB. reicht, soweit er zutrifft, für die durch den Krieg geschaffene Lage nicht aus. Die Verjährung ist nach § 8 Ges. gehemmt zugunsten der Kriegsbeteiligten

und — aus Billigkeitserwägungen — zugunsten ihrer Rechtsgegner. Die Hemmung besteht nur während der Dauer der Kriegsbeteiligung. Sie beginnt, wie die Begründung sagt, mit der Verkündung des Gesetzes, wenn bereits in diesem Zeitpunkt das maßgebende Verhältnis begründet ist, anderenfalls erst mit dem Zeitpunkte, in dem dieses Verhältnis eintritt. Die Hemmung hört auf, sobald die Kriegsbeteiligung, spätestens sobald der Kriegszustand beendet ist; nach Beseitigung der Hemmung läuft die vor Eintritt der Hemmung begonnene Verjährung weiter. Während der Kriegsbeteiligung kann eine neue Verjährung nicht beginnen.

In demselben Umfange gehemmt (§ 8 Abs. 2) wird auch der Lauf der gesetzlich für die Beschreitung des Rechtswegs vorgeschriebenen Ausschlußfristen (z. B. § 42 MVG., § 23 des Preuß. Pensionsgesetzes) und der Fristen, auf die die Vorschriften des § 203 BGB. ganz oder teilweise entsprechende Anwendung finden. Als solche Fristen führt die Begründung die der § 124 Abs. 2, 210, 215 Abs. 2, 477 Abs. 2, 802, 1002, 1599, 1997 BGB. beispielweise an. Eine weitere Ausdehnung der Hemmungsvorschrift auf die sonstigen Ausschlußfristen ist als bedenklich erachtet worden, weil sie in das materielle Recht allzu tief eingreifen würde.

Auf die Bestimmungen des § 9 (Fürsorge für natürliche Personen, deren gesetzlicher Vertreter Kriegsbeteiligter ist) einzugehen, war schon mehrfach Gelegenheit. Die Vorschriften des Gesetzes, außer §§ 5 und 6, finden entsprechende Anwendung. Soll eine Person verklagt oder der Rechtsstreit gegen sie fortgesetzt werden, so kann bei Gefahr im Verzug ihr ein besonderer Vertreter bestellt werden, dessen Bestellung die Unterbrechung des Verfahrens (§ 2) beendet, und der die Aussetzung des Verfahrens (§ 3 Abs. 2) zu beantragen nicht befugt ist. Für die vom Gesetze zugelassene Vertreterbestellung war der § 57 ZPO. vorbildlich, jedoch besteht nur die Befugnis, nicht die Verpflichtung, dem Antrage (des Gegners) auf Bestellung zu entsprechen. Die Begründung bemerkt, es sei geboten, die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 ausdrücklich auszuschließen, weil sonst die Bestimmung (des § 9) praktische Bedeutung nicht gewinne. Die Ausschließung erscheine auch unbedenklich, weil der Richter in der Lage sei, von der ihm eingeräumten Befugnis nur in den hierzu geeigneten Fällen Gebrauch zu machen.

Dem Ermessen des Richters läßt das Gesetz überhaupt einen weiten Spielraum. Aber nur das Ermessen wird dem Sinne des Gesetzes gerecht, das demselben fürsorglichen Wohlwollen folgt, wie das Gesetz selber. Im Zweifel ist zugunsten des Kriegsbeteiligten zu entscheiden, Anforderungen an die ihm obliegende Behauptungs-, Anmeldungs- und Glaubhaftmachungspflicht dürfen nicht hoch gespannt werden, überall muß Rücksicht walten. Daß dies der Wille des Gesetzes ist, geht aus vielen seiner Vorschriften und aus den Darlegungen der Begründung hervor. So ist nach § 7 Ziff. 1 Abs. 2 das Recht dem Kriegsbeteiligten vorzubehalten, wenn er es angemeldet hat oder wenn auch nur anzunehmen ist, daß es ihm zusteht. Nach Ziff. 2 soll genügen, daß die Forderung ihm mutmaßlich zusteht und daß das Vorrecht anscheinend begründet ist.

Im übrigen regelt sich das Verfahren vor den im § 2 des Gesetzes bezeichneten Gerichten im Falle der Unterbrechung nach der ZPO., insbesondere finden die §§ 248—250, 252 Anwendung. Die Begründung weist darauf hin, daß sich die Wirkungen der Unterbrechung, die Rechtsbehelfe gegen ein während der Unterbrechung mit Unrecht erlassenes Urteil usw. nach der ZPO. bestimmen, und daß aus deren Vorschriften zu entnehmen sei der Begriff des „Verfahrens" und der „Partei", also ob Mahn- und Arrestverfahren, Streitgenossen und Nebenintervenienten von der Bestimmung des § 2 mit betroffen werden, eine Frage, die wohl unbedenklich zu bejahen sein wird, sei es auch nur im Sinne entsprechender Anwendung.

Das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse.

Von Staatsanwalt **Hahn** in München.

Nach den Erfahrungen der neueren Zeit haben sich die Versuche ausländischer Regierungen, den Wert der militärischen Rüstungen Deutschlands durch deren Ausforschung abzuschwächen und auf diese Weise Deutschlands Sicherheit zu gefährden, immer mehr gehäuft. Das Spionageunwesen hat in seinem Umfange stetig zugenommen und sich in den bedenklichsten Formen geäußert und bildet eine stets wachsende Gefahr für die Sicherheit Deutschlands.

Das Gesetz vom 3. Juli 1893 erwies sich teilweise als unzureichend für die Verhinderung und Abwehr dieser Gefahr. Um eine schärfere Bekämpfung der Spionage, des Verrats, der Ausforschung und der fahrlässigen Preisgabe militärischer Geheimnisse zu ermöglichen, legte die Reichsregierung, zugleich einer im Reichstag selbst wiederholt geäußerten Anregung folgend, am 23. Mai 1913 den Entwurf eines Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vor. In der 175. Sitzung des Reichstags vom 26. November 1913 erfolgte dessen erste Beratung, die mit einer Verweisung an eine Kommission von 21 Mitgliedern endigte. Nach Berichterstattung durch die Kommission, die in zwei Lesungen über den Entwurf beriet, fand im Plenum des Reichstags in der 260. Sitzung vom 16. Mai 1914 die zweite und in der 262.

Sitzung vom 19. Mai 1914 die dritte Beratung statt, bei der der Gesetzentwurf nach den von der Kommission vorgeschlagenen Aenderungen angenommen wurde.[1])

Das Gesetz wurde am 3. Juni 1914 vom Kaiser vollzogen und in dem am 8. Juni 1914 ausgegebenen Reichsgesetzblatt (1914 S. 195 ff.) verkündigt. Es ist am 22. Juni 1914 in Kraft getreten.

Nicht alle vom Entwurf vorgesehenen Neuerungen sind Gesetz geworden; immerhin ist das Gesetz vom Jahre 1893 in wesentlichen Punkten wegen der Reichssicherheit geändert und ergänzt worden.

Auch das neue Gesetz betrifft nach Ueberschrift und Inhalt nur die verbotene Auskundschaftung und Mitteilung militärischer d. h. Heer und Marine betreffender Geheimnisse, bei denen die Landesverteidigung in Frage steht. Insoweit es sich um Verrat anderer Geheimnisse, um diplomatischen Landesverrat handelt, kommen die Bestimmungen des § 92 StGB. zur Anwendung, die andererseits als ausgeschlossen zu gelten haben in Fällen des Verrats militärischer Geheimnisse zum Nachteil des Deutschen Reichs, weil diese Materie durch die Bestimmungen des Gesetzes vom 3. Juni 1914, wie schon durch jene des Gesetzes von 1893, erschöpfend geregelt wurde (RGSt. 25, 45).

Die Streitfrage, ob nicht § 92 Nr. 1 StGB. wenigstens insoweit auch auf den Verrat militärischer Geheimnisse anzuwenden sei, als es sich um die Mitteilung von Nachrichten handle, ist nun zweifelsfrei im Sinne der herrschenden, vom Reichsgericht vertretenen Meinung dahin geklärt, daß dies nicht der Fall ist; denn das neue Gesetz bedroht ausdrücklich den Verrat der wegen der Landesverteidigung geheim zu haltenden Nachrichten mit Strafe.

Das Gesetz enthält keine Bestimmung des Begriffes „Militärisches Geheimnis". Entgegen dem Vorschlag des Entwurfs, eine solche allgemeine Begriffsbestimmung zu geben, bezeichnet das Gesetz als zu schützende Objekte zunächst in Uebereinstimmung mit den bisherigen Bestimmungen: Schriften, Zeichnungen oder andere Gegenstände, deren Geheimhaltung wegen der Landesverteidigung erforderlich ist.

Neu in das Gesetz aufgenommen als Gegenstand des Schutzes sind Nachrichten, deren Geheimhaltung wegen der Landesverteidigung erforderlich ist.

Während unter Gegenständen körperliche Sachen, darunter beispielsweise Schriften und Zeichnungen und Menschen als körperliche Wesen, die des Besitzes, d. i. des körperlichen Innehabens, und der Kenntnis, d. i. des geistigen Innehabens, fähig sind, verstanden werden, sind Nachrichten nur der Kenntnis fähig, Tatsachen, die einem anderen mitgeteilt werden.

Unter den Begriff der Nachrichten fallen innerliche, in der Außenwelt selbst nicht wahrnehmbare und erst im Wege der Schlußfolgerung aus Wahrnehmungen erkennbare Eigenschaften eines Gegenstandes, Tatsachen der Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, die zwar der Kenntnis fähig, aber nicht von körperlicher Beschaffenheit sind. Es ist dabei zu denken an militärische Anordnungen, wie die Zusammenziehung von Truppen, die Ausgabe von Karten an Offiziere, die Abhaltung kriegsgemäßer Uebungen, dann an die Einführung bestimmter militärischer Neuerungen, das Vorhaben einer Umbewaffnung oder Ausstattung von Truppen mit neuem Gerät, an die Ergebnisse von Schießversuchen mit neuem Material u. dgl. mehr.

Während alle derartigen Vorgänge, Nachrichten, bisher nur soweit vom Gesetz geschützt waren, als körperliche Sachen inhaltlich Träger einer Nachricht waren, als sich körperliche Sachen inhaltlich mit der Wiedergabe von Tatsachen befaßten, sind sie nunmehr selbständig Gegenstand des gesetzlichen Schutzes.

Das Gesetz gewährt Schutz gegen den Verrat (§§ 1 f.), die Ausspähung (§§ 3 f.) und die fahrlässige Preisgabe (§ 8) militärischer Geheimnisse.

Verrat begeht, wer das Geheimnis vorsätzlich einem anderen mitteilt, es vorsätzlich in den Besitz oder zur Kenntnis eines anderen gelangen läßt, Ausspähung, wer es in seinen eigenen Besitz oder zu seiner eigenen Kenntnis bringt.

Das Wesen des Verrats und der Ausspähung erfordert, daß deren Gegenstand zur Zeit ihrer Begehung bereits vorhanden, und daß er des Besitzes, d. i. des körperlichen, oder der Kenntnis, d. i. des geistigen Innehabens, fähig ist.

Weiter muß er zur Zeit der Mitteilung und der Ausspähung geheim sein. Geheim im Sinne des Gesetzes aber ist er nicht nur dann, wenn er nur den zu seiner Kenntnis amtlich Berufenen bekannt ist, sondern auch dann, wenn er einem weiteren Personenkreis bekannt oder zugänglich ist, soferne nur zu seiner Erforschung eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende, bei der regelmäßig erfolgenden Beobachtung nicht übliche Erkundigung erforderlich ist.

In diesem Sinne sind z. B. geheim Geländeteile, die den regelmäßigen Bewohnern zwar bekannt sind, deren für die Landesverteidigung bedeutungsvolle Beschaffenheit aber von Dritten erst durch besondere Ausforschung erfaßt werden kann.

Endlich ist Voraussetzung für Verrat und Ausspähung, daß der Gegenstand des Schutzes wegen der Landesverteidigung geheim zu halten ist, was dann zutrifft, wenn seine Offenbarung die zur Verteidigung des Reichs getroffenen Maßnahmen zu beeinträchtigen geeignet ist.

[1]) Reichstag 13. Leg.-Per. I. Session, 1912/13 Anlage N. 1003; StenB. 1913 S. 5974 ff.; 1914 S. 8999 ff. und S. 9076 ff.

Da auch das neue Gesetz eine bindende Bestimmung des Begriffs militärischer Geheimnisse nicht aufgestellt hat, hat jeweils das Gericht zu entscheiden, ob diese Voraussetzungen für den Schutz gegen Verrat, Ausspähung und fahrlässige Preisgabe gegeben sind, also insbesondere, ob etwas geheim und wegen der Landesverteidigung geheim zu halten ist.

Geheim zu haltende Gegenstände und Nachrichten sind im Gesetz nicht im gleichen Umfang geschützt.

Verrat militärischer Geheimnisse wird bestraft, wenn er vorsätzlich begangen wird. Dabei wird Vorsatz in doppelter Richtung vorausgesetzt: der Vorsatz muß sich erstrecken auf die Mitteilung des Geheimnisses an Dritte und auf eine Gefährdung der Sicherheit des Reichs. In Abweichung vom Wortlaut des Gesetzes von 1893 ist letztere Voraussetzung nunmehr dadurch ausgedrückt, daß mit der Strafe des Verrats bedroht wird, wer vorsätzlich Gegenstände und Nachrichten an Dritte gelangen läßt „und dadurch die Sicherheit des Reichs gefährdet". Die Voraussetzung vorsätzlicher Gefährdung ist erfüllt, wenn der Täter bei der Mitteilung das Bewußtsein der Möglichkeit einer Gefährdung, einer Schädigung der Sicherheit des Reichs hatte.

Zu unterscheiden von dem Vorsatz ist die Absicht des Täters, die in der Regel nicht auf die Gefährdung der Reichssicherheit, sondern auf Gelderwerb gerichtet sein wird.

Während der Verrat von geheim zu haltenden Gegenständen dann bestraft wird, wenn die Mitteilung an einen beliebigen Dritten erfolgt, ist der Verrat von Nachrichten mit Strafe bedroht nur dann, wenn die Mitteilung an eine ausländische Regierung oder an eine Person erfolgt, die für eine solche tätig ist.

Erhöhte Strafandrohung sieht das Gesetz für den Fall vor, daß der Verrat einen schweren Schaden für die Sicherheit des Reichs zur Folge hatte, soferne der Täter dies vorausgesehen und gegen Entgelt gehandelt hat. Entgegen dem Entwurf, nach dem es zur Anwendung der erhöhten Strafandrohung genügte, wenn der Täter den Eintritt des schweren Schadens voraussehen konnte, also subjektiv in der Lage war, ihn vorauszusehen, erfordert das Gesetz den Nachweis, daß der Täter den schweren Schaden als verbrecherischen Erfolg vorausgesehen hat. Damit ist die Anwendung der erhöhten Strafandrohung auf Fälle ausgeschlossen, in denen dem Täter der Eintritt des Schadens infolge Fahrlässigkeit nicht zum Bewußtsein gekommen war.

Sie ist nur möglich in Fällen des vollendeten Verrats. In diesem Sinne äußert sich nicht nur die im Lauf der Beratung unwidersprochen gebliebene Begründung des Entwurfs, die darauf verweist, daß die Anwendbarkeit der erhöhten Strafdrohung den Eintritt des verbrecherischen Erfolges voraussetzt — allerdings sind auch Fälle des nur versuchten Verrats denkbar, die den Eintritt eines schweren Schadens bereits zur Folge hatten, zumal als solcher unter Umständen auch eine bedeutende Gefahr erachtet werden kann —, auch der Wortlaut des Gesetzes („hat der Verrat zur Folge gehabt") spricht dafür, daß die erhöhte Strafandrohung nur bei vollendetem Verrat anwendbar ist.

Gleich dem Gesetz vom Jahr 1893 ist mit — geringerer — Strafe bedroht die vorsätzliche und rechtswidrige Mitteilung von geheim zu haltenden Gegenständen, wenn sie geschieht ohne den Vorsatz, die Sicherheit des Reichs zu gefährden. Nicht bestraft aber wird die unter solchen Umständen erfolgte Mitteilung von Nachrichten (§ 2).

Gegen die Ausspähung in Verratsabsicht, in der Absicht, sie zu einer die Sicherheit des Reichs gefährdenden Mitteilung zu gebrauchen, sind gleichzeitig geschützt Gegenstände und Nachrichten, letztere, soferne die Mitteilung an eine ausländische Regierung oder eine für sie tätige Person erfolgen soll (§ 3).

Als straferschwerender Umstand ist neu in das Gesetz aufgenommen die Tatsache, daß Gegenstand oder Nachricht dem Täter in seiner Eigenschaft als deutscher Beamter oder deutsche Militärperson zugänglich war.

Die gegen Ausspähung ohne Verratsabsicht gerichtete Strafdrohung bleibt beschränkt auf geheim zu haltende Gegenstände und bezieht sich nicht auch auf solche Nachrichten (§ 4).

Die Bestimmungen über den Schutz gegen fahrlässige Preisgabe militärischer Geheimnisse blieben dem Wesen nach unverändert (§ 8). Indem gegenüber der bisherigen Fassung „wer in einer die Sicherheit des Deutschen Reichs gefährdenden Weise" gesetzt wurde „und dadurch die Sicherheit des Reichs gefährdet", wurde nur der dem früheren Gesetz schon innewohnende Gedanke zu besonders deutlichem Ausdruck gebracht, daß eine Gefährdung der Reichssicherheit eingetreten und der Täter in der Lage gewesen sein muß, die Gefährlichkeit seiner Handlung für die Sicherheit des Reichs zu erkennen.

Dagegen bleibt der Schutz gegen fahrlässige Preisgabe beschränkt auf geheim zu haltende Gegenstände unter Ausschluß der Nachrichten und die Strafdrohung richtet sich wie bisher nur gegen Personen, denen kraft ihres Amtes oder eines ihnen von amtlicher Seite erteilten Auftrags die Gegenstände zugänglich waren. Die Strafdrohung richtet sich also nicht gegen jene, die auf Grund ihres Berufs oder Gewerbes Kenntnis von den Gegenständen erlangen konnten, also nicht gegen die Angestellten und Arbeiter der mit amtlichen Aufträgen Bedachten. (Schluß folgt).



Kleine Mitteilungen.

Vertreter und Beistände beim Sühnetermin in Beleidigungssachen. Nach § 420 StPO. ist die Erhebung einer Privatklage wegen Beleidigung, soferne die Parteien im Bezirk einer Gemeinde wohnen und nicht ein Fall des § 196 StGB. vorliegt, erst zulässig, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung zu bezeichnenden Vergleichsbehörde die Sühne erfolglos versucht worden ist. Die Vornahme dieses Sühneversuches kann in Bayern gemäß Art. 80 AG. GVG. Gemeindebehörden übertragen werden. Hierbei sind nach dem gleichen Artikel die Vorschriften des Art. 100 Abs. 2, 3 und des Art. 144 Abs. 2, 3 rechtsrh. GemO. für ganz Bayern entsprechend anzuwenden. Sie behandeln die Folgen des Ausbleibens der beiden Parteien oder der klägerischen Partei im Sühnetermine, sowie die Tax- und Stempelfreiheit der Verhandlungen und Ausfertigungen des Vermittlungsamtes.

Nähere Bestimmungen über das Verfahren im Sühnetermin enthält das Gesetz nicht; insbesondere ist gesetzlich die Frage nicht geregelt, ob Vertreter und Beistände auftreten können. Dagegen enthält eine Bekanntmachung der Staatsministerien der Justiz und des Innern vom 5. August 1879 über das Verfahren einige Vorschriften. Es wird hier in genauer Anlehnung an Art. 100 Abs. 1 Satz 1 und 2 GemO., der vom gemeindlichen Vermittlungsamt bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten handelt, die Vornahme des Sühneversuches den Bürgermeistern übertragen, die berechtigt sein sollen, hiemit in Gemeinden mit städtischer Verfassung ein anderes Magistratsmitglied oder einen höheren Gemeindebediensteten, in den übrigen Gemeinden ein anderes Mitglied des Gemeindeausschusses oder des Gemeinderates zu beauftragen. Bezüglich der Vertretungsmöglichkeit ist bestimmt, daß sich der Beklagte im Termine durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann, der Kläger nur dann, wenn er die Unmöglichkeit persönlichen Erscheinens nachweist. Darüber, ob Rechtsanwälte als Vertreter, ferner ob Beistände zuzulassen sind, sagt die erwähnte Ministerialbekanntmachung nichts.

Mit Entschließung vom 11. März 1914 hat nunmehr das Staatsministerium des Innern im Einverständnis mit dem Staatsministerium der Justiz die Zulassung von Beiständen, also sowohl von berufsmäßigen (Rechtsanwälten) als auch von nicht berufsmäßigen Beiständen, mit folgender Begründung für unzulässig erklärt:

1) „Für den Sühneversuch in Beleidigungssachen gelten die StPO. § 420, das AG. GVG. Art. 80 und die MinBek. vom 5. August 1879 (GVBl. S. 769). Diese Vorschriften stellen eine selbständige Regelung dar, die nicht in Gegensatz zur rechtsrheinischen GemO. Art. 100 Abs. 1 gebracht werden darf, sondern für sich selbst ausgelegt werden muß. Dies ergibt sich schon daraus, daß die erwähnte Vorschrift der rechtsrheinischen GemO. in der pfälzischen GemO. fehlt, während die Vorschriften für das Verfahren in Beleidigungssachen für das ganze Königreich Geltung haben.

2) Nach der MinBek. vom 5. August 1879 Ziff. 2 Abs. II ist der Kläger grundsätzlich zum persönlichen Erscheinen verpflichtet; nur wenn es ihm — z. B. wegen Krankheit — unmöglich ist zu erscheinen, kann er sich vertreten lassen. Die Vertretung des Privatklägers ist daher nur für den Fall nachweisbarer Verhinderung, nicht grundsätzlich zugelassen. Da die Verbeistandung die Anwesenheit der verbeistandeten Personen begrifflich erfordert, geht es nicht an, aus der bedingten Zulassung von Vertretern die grundsätzliche Zulässigkeit der Verbeistandung zu folgern. Eine solche kann auch mit dem Sinne und Zwecke der Vorschriften nicht in Einklang gebracht werden und ist daher weder für den Kläger noch für den Beklagten zulässig. Weil die Verhandlungen unter dem Schutze des Amtsgeheimnisses stehen, kann es ohne besondere Vorschrift auch nicht dem Ermessen der Vergleichsbehörde überlassen sein, ob sie diesen Schutz durch Zulassung des Beistandes der einen Partei — vielleicht entgegen dem Willen der anderen Partei — durchbrechen will. Die Zulassung eines Beistandes muß vielmehr als grundsätzlich ausgeschlossen betrachtet werden."

Der Gesetzgeber wollte — dieser Gedanke kommt auch in der neuen Ministerialentschließung deutlich zum Ausdruck —, daß sich die Parteien im Sühnetermine wenigstens in der Regel allein und persönlich gegenüberstehen. Der Zweck des Sühnetermins, den Parteien die Gelegenheit zur Versöhnung zu geben und das Klagerecht, wenn möglich, im Wege des Vergleiches zu beseitigen, wird ohne Zweifel am leichtesten und besten bei persönlicher Anwesenheit beider Teile erfüllt. Auch in Zivilprozessen, wo doch die Vertretung teils gesetzlich angeordnet (§ 78 ZPO.), teils in weitestem Umfange gestattet ist (§ 79 ZPO.), wird bei den Sühneversuchen nach § 296 ZPO. in der Praxis reichlicher Gebrauch von der gesetzlichen Möglichkeit gemacht, das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Bei Sühneversuchen in Ehestreitigkeiten ist das persönliche Erscheinen der Parteien durch das Gesetz vorgeschrieben. Es wäre eigenartig, wenn der Gesetzgeber gerade beim Sühneversuch in Beleidigungssachen von der persönlichen Anwesenheit der Parteien hätte absehen und eine Vertretung grundsätzlich hätte zulassen wollen. Daß dem nicht so ist, daß vielmehr der Gesetzgeber grundsätzlich eine persönliche Aussprache der Streitsteile herbeiführen will, ist auch aus § 420 Abs. 2 zu schließen, wonach ein Sühneversuch nur dann vorgenommen werden soll, wenn die Parteien in demselben Gemeindebezirke wohnen.

Amtsgerichtsrat Riß (München) vertritt in einem in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906 erschienenen Aufsatze „Der Sühneversuch in Privatklagesachen" (S. 375) die Ansicht, daß sich im Termine die Parteien regelmäßig selbst einzufinden haben, läßt für den Antragsteller nur ausnahmsweise, nämlich nur im Falle nachweisbarer Verhinderung am persönlichen Erscheinen, für den Gegner des Antragstellers dagegen ausnahmslos eine Vertretung zu. Den gleichen Unterschied in der Vertretungsmöglichkeit für den Kläger und Beklagten macht die MinBek. vom 5. August 1879. Der Grund ist nicht ersichtlich. Wünscht der Beklagte aus irgendeinem Grunde keine Versöhnung, so braucht er zum Sühnetermine nicht zu kommen: der Kläger kann dann gerichtlich vorgehen. Wünscht er eine Versöhnung oder eine Aufklärung des Falles, so mag er persönlich kommen. Warum soll der Beklagte durch die Möglichkeit, sich durch einen wortgewandten Bevollmächtigten vertreten zu lassen, u. U. besser gestellt werden als der Kläger, der beleidigt ist oder beleidigt zu sein glaubt? Es ist auch darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber bei der Anordnung eines Sühneversuches in § 420 StPO. von einer Vertretungsmöglichkeit nichts erwähnt, dagegen später in

§ 427 StPO. die Zulassung einer Vertretung oder Verbeistandung des Angeklagten durch einen Rechtsanwalt in der Hauptverhandlung ausdrücklich hervorhebt.

Nun erklärt Loewe zu (§ 420 StPO. S. 978) jede Vertretung der Parteien im Sühnetermine für unstatthaft. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten: ebenso wie der persönlich (durch Krankheit, Reise, Gerichtstermin usw.) verhinderte Kläger ein berechtigtes Interesse daran hat, zur Einhaltung der Antragsfrist durch einen Vertreter den Sühnetermin wahrnehmen zu lassen, ebenso kann der persönlich nicht abkömmliche Beklagte ein lebhaftes Interesse an einer außergerichtlichen Beilegung des Streites vor einer Amtsperson haben.

Die Ansicht Loewes geht zu weit. Andererseits aber entspricht m. E. die Regelung der Vertretungsmöglichkeit in der MinBek. vom 5. August 1879 nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die Bekanntmachung sollte in diesem Punkt abgeändert werden. Es sollte sowohl für den Kläger wie auch für den Beklagten grundsätzlich das persönliche Erscheinen gefordert und für beide Teile nur im Falle nachweisbarer Verhinderung eine Vertretung zugelassen werden.

Die weitere Frage, ob als Vertreter im Sühnetermin auch Rechtsanwälte zuzulassen sind, muß nach der Ansicht Loewes ohne weiteres verneint werden. Wer jedoch eine Vertretung in beschränktem Umfange für zulässig erachtet, muß die Frage gesondert prüfen. Auch hier wäre eine Stellungnahme des Ministeriums am Platze. Denn nach der derzeitigen ministeriellen Regelung müßten Rechtsanwälte als Beistände zurückgewiesen, als Vertreter aber zugelassen werden.

Die große Mehrzahl der Rechtsanwälte läßt in richtiger Erkenntnis des Wesens des Sühneversuches die Partei nach vorheriger Beratung persönlich zum Sühneamt gehen. Soweit eine Vertretung erforderlich und zulässig ist, kann sich die Partei durch eine Vertrauensperson ihres Verwandten- oder Bekanntenkreises vertreten lassen. Es liegt im Wesen der Einrichtung des Sühneamtes, daß keine Kosten erwachsen. Bei Vertretung durch einen Rechtsanwalt scheitert sehr häufig der Vergleich an der Uebernahme der Vergleichsgebühr, auf deren Festsetzung die Vergleichsbehörde keinen Einfluß hat, es sei denn, daß der Rechtsanwalt — was aber nie geschieht — die Festsetzung einer Gebühr durch die Vergleichsbehörde beantragt (vgl. Riß a. a. O. S. 377). Bei dem gemeindlichen Vermittlungsamt für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ist die Zulassung von Rechtsanwälten gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 4 und Art. 144 Abs. 1 Satz 4 GemO. ausdrücklich ausgeschlossen. In Art. 80 AG. GVG. ist nun allerdings nur Abs. 2 und 3, nicht auch Abs. 1 des Art. 100/144 a. a. O. für anwendbar erklärt. Eine Folgerung kann jedoch hieraus im Hinblick auf das Wesen des Sühneamtes sowie im Hinblick auf die Motive zu der erwähnten Bestimmung des AG. GVG. nicht gezogen werden. Die Motive lassen keinen Zweifel darüber zu, daß das Verfahren vor dem Sühneamte dem Verfahren des bereits vor 1879 im rechtsrheinischen Bayern bestehenden gemeindlichen Vermittlungsamtes für Rechtsstreitigkeiten angepaßt werden sollte. „Für Bayern" — so heißt es in den Motiven — „wird es zweckmäßig erscheinen, die Erfüllung dieser Aufgabe denjenigen Beamten zu übertragen, welchen gemäß Art. 100 und 144 GemO. für die Landesteile rechts des Rheins vom 29. April 1869 bereits das Vermittlungsamt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zusteht und welche sich daher unzweifelhaft zur Uebernahme der hier fraglichen ganz gleichartigen Tätigkeit am besten eignen.... Die Regelung des Verfahrens bei Vornahme des Sühneversuchs wird sich am zweckmäßigsten an die erprobten Vorschriften anschließen, welche bisher für das Vermittlungsamt der Gemeinden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegolten haben." Es wäre nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber gerade in dem einen wichtigen Punkte — Zulassung von Rechtsanwälten — das Verfahren vor dem Sühneamt anders hätte regeln wollen, als das Verfahren vor dem Vermittlungsamt für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.

Dr. Volkhardt, Leiter des städtischen Nachrichtenamts in Nürnberg.

Eine Frage aus dem Pflegschaftsrecht. Der Kaufmann Bu. hat gegen den Landwirt Bi. eine im Jahre 1878 ausgeklagte Forderung. Bi. ist landesabwesend, für ihn ist S. als Abwesenheitspfleger bestellt. S. verwaltet als solcher ein von Bi. in der Zwischenzeit ererbtes Vermögen, das er bei der Distriktssparkasse H. anlegte. Nun erwirkte Bu. einen Pfändungsbeschluß des Amtsgerichts, wonach der dem Bi. gegen S. zustehende Anspruch auf Auszahlung des ererbten Vermögens gepfändet und dem Bu. bis zum Belaufe seines Guthabens zur Einziehung überwiesen wurde. Der Pfändungsbeschluß wurde S. ordnungsgemäß zugestellt. S. gab die Drittschuldnererklärung nach § 840 ZPO. dahin ab, daß er zwar die Erbschaft in Händen habe, daß er aber Zahlung verweigere, weil die Forderung des Bu. verjährt sei. Bu. stellte darauf Klage gegen S. auf Auszahlung seines Guthabens. S. brachte in der mündlichen Verhandlung wiederum den Verjährungseinwand. Das Amtsgericht H. verurteilte den Beklagten dem Klageantrag entsprechend mit der Begründung, daß den Verjährungseinwand nur der Schuldner Bi. nicht aber der Drittschuldner S. bringen könne, und daß S. als Abwesenheitspfleger für Bi. gegen den Pfändungsbeschluß den Verjährungseinwand im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. hätte erheben müssen.

Das Landgericht B. als Berufungsinstanz hob dieses Urteil auf und wies die Klage ab. In den Gründen heißt es: 1. S. ist als Abwesenheitspfleger des Bi. den Gläubigern des Bi. gegenüber nicht Drittschuldner, sondern gesetzlicher Vertreter des Schuldners, gegen den die Zwangsvollstreckung wie gegen den Schuldner zu betreiben ist. Es hätte also ein Pfändungsbeschluß gegen die Distriktssparkasse erwirkt werden müssen. 2. Ein Anspruch des Bi. gegen S. auf Auszahlung des von ihm verwalteten Vermögens besteht erst nach Beendigung der Abwesenheitspflegschaft (§ 1921 BGB.). Da ein solcher Anspruch jetzt also nicht besteht, kann Bu. auch nicht Zahlung verlangen. Denn für alle Fälle ist der den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildende Anspruch noch nicht fällig.

Ich halte das landgerichtliche Urteil in beiden Punkten für verfehlt und zwar aus folgenden Gründen:

1. Als Abwesenheitspfleger ist S. allerdings gesetzlicher Vertreter des Bi. Allein das schließt doch nicht aus, daß Bi. gegen den gesetzlichen Vertreter S. einen Anspruch auf Herausgabe des von S. verwalteten Vermögens des Bi. hat. Diesen Anspruch hat Bu.

gepfändet und zur Einziehung überwiesen erhalten. Damit ist dieser Anspruch des Bi. gegen S. an Bu. übergegangen (§ 835 ZPO.). Bu. hat jetzt an Stelle des Bi. den Herausgabeanspruch gegen S. S. kann in diesem Verfahren den Verjährungseinwand nicht bringen, da es sich jetzt nicht um die ursprüngliche Forderung des Bu. gegen Bi., sondern um die an Bu. übergegangene Forderung des Bi. gegen S. handelt.

2. Ein Pfändungsbeschluß gegen die Distriktssparkasse war nicht veranlaßt, da sie nur die Stelle war, bei welcher S. das Geld aufbewahrte. Er hätte es geradesogut in seinen Kassenschrank legen können. Er konnte nach wie vor über das Geld verfügen und kann es jederzeit auszahlen.

3. Unrichtig ist, daß ein Anspruch des Bi. gegen S. nicht besteht. Bei der Abwesenheitspflegschaft ist der Pflegbefohlene als solcher in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt (vgl. Staudinger Anm. 6a zu § 1911 BGB.). Er kann also jederzeit das ihm gehörige Vermögen vom Pfleger verlangen, ganz gleichgültig, ob die Pflegschaft aufgehoben ist oder nicht; § 1921 BGB. spricht nicht gegen diese Auffassung, er handelt nur von der Aufhebung der Pflegschaft.

4. Auch die Anschauung, daß jedenfalls der Anspruch des Bi. noch nicht fällig sei, ist damit widerlegt. Denn da Bu. durch den Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß nach § 835 ZPO. an die Stelle des Bi. getreten ist, kann er jederzeit die Herausgabe bis zum Belaufe seiner Forderung verlangen. Sowie Bu. die Herausgabe verlangt, ist daher der Anspruch auch fällig.

Rechtsanwalt Dr. Werner in Bamberg.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Höchstbetragshypothek für den Ausfall bei einer anderen Hypothek oder Gesamthypothek? In einem Vertrage vom 14. April 1910, durch den eine Aktiengesellschaft ihr Grundstück Röhrengasse Nr. 26 in H. an die S.schen Eheleute verkaufte, bewilligten diese 1. in Höhe des Kaufgeldteilbetrages von 7000 *M* die Eintragung einer Hypothek auf dem gekauften Grundstücke, 2. „zur größeren Sicherung jenes Kaufpreisteilbetrages die Eintragung einer Sicherungshypothek bis zur Höhe von 5000 *M* auf ihrem Grundstück in Z.". Bei einer späteren Zwangsversteigerung des mit der Sicherungshypothek belasteten Grundstücks entfiel auf diese der volle Betrag von 5000 *M*. Auf den Betrag erhoben jedoch die Gläubiger von Nachhypotheken Anspruch; sie machten geltend, daß die Sicherungshypothek rechtsunwirksam sei, weil diese Hypothek und die auf dem Grundstücke H. Röhrengasse Nr. 26 haftende Verkehrshypothek von 7000 *M* als Gesamthypothek für eine und dieselbe Forderung bestellt worden seien und deswegen ihre Eintragung überhaupt nicht habe erfolgen dürfen. Die Beklagte hat demgegenüber eingewendet, daß die Sicherungshypothek, wie sich aus dem Inhalte der Eintragungsbewilligung ergebe, nur zur Sicherung wegen des etwaigen Ausfalls der Kaufpreishypothek von 7000 *M* bestellt worden sei, und daß es somit nicht zutreffe, daß die Sicherheitshypothek für die nämliche Forderung unbedingt begründet worden sei. Das RG. wies im Gegensatze zu den Vorinstanzen den Anspruch ab.

Aus den Gründen: Das OLG. erachtet es für ausgeschlossen, daß die auf dem Grundstücke in H. eingetragene Sicherungshypothek als Höchstbetragshypothek angesehen werden könne, meint vielmehr, daß die Sicherungshypothek mit der auf dem Grundstücke in H. Röhrengasse Nr. 26 haftenden Verkehrshypothek von 7000 *M* eine unbedingte Gesamthypothek darstelle, und gibt deswegen den Klägern darin recht, daß die Eintragung der Sicherungshypothek unzulässig sei und deswegen diese auch im Versteigerungsverfahren nicht habe geltend gemacht werden können. Dem OLG. kann jedoch nicht beigetreten werden. Allerdings kann die Hypothek nur dann als Höchstbetragshypothek angesprochen werden, wenn der Inhalt des Eintrags selbst diesen ihren Charakter ergibt. Das trifft aber auch zu. Das OLG. hat nicht berücksichtigt, daß der Eintrag lautet: „Sicherungshypothek bis zur Höhe von 5000 *M* . . .". Diese Fassung weist ohne weiteres auf den die Höchstbetragshypothek behandelnden § 1190 BGB. hin. In der Erklärung, daß ein Gegenstand „bis zur Höhe" des bezeichneten Betrages zur Sicherung dienen soll, liegt schlechthin ausgesprochen, daß der Betrag noch nicht feststeht, für den der Gegenstand dereinst in Anspruch genommen werden darf, daß sonach die Haftung erst von künftigen Ereignissen oder künftiger Vereinbarung begrenzt wird. Demnach bliebe es aber einstweilen auch noch ungewiß, ob der Haftungsfall überhaupt eintreten werde, da die Umstände ergeben könnten, daß eine zu deckende Schuld schließlich nicht bestehe. So liegt die Sache auch bei einer Höchstbetragshypothek i. S. des § 1190, bei der nur der Höchstbetrag bestimmt wird, bis zu dem das Grundstück haften soll, im übrigen aber die Feststellung der Forderung noch vorbehalten wird. Anders verhält es sich dagegen bei einer Sicherungshypothek nach § 1184, durch die eine sofortige und eine unbedingte Haftung des Grundstücks in Höhe der angegebenen Forderung begründet wird. Der Inhalt des Eintrags läßt hier auch mit Deutlichkeit erkennen, wovon bei der in Rede stehenden Sicherungshypothek der Haftungsfall und die etwaige Haftungsgrenze abhängig gemacht worden sind. Der Eintrag lautet: „Sicherungshypothek bis zur Höhe von 5000 *M* zur Sicherung des im Grundbuche von H. Bl. 16515 in Abt. III unter Nr. 2 verzeichneten Kaufpreisteiles von 7000 *M* für die Aktiengesellschaft . . .". Hieraus geht also hervor, daß es von der Einbringlichkeit des bezeichneten Kaufpreisteiles abhängig sein sollte und abhängig gemacht worden ist, in welcher Höhe das mit der Sicherungshypothek belastete Grundstück einstmals in Anspruch zu nehmen sein wird und ob die Sicherungshypothek überhaupt geltend gemacht werden dürfe. Soweit der zu sichernde Betrag der Kaufpreisforderung aus dem Grundstücke H. Bl. 16515 bereits Deckung erhielte, sollte das Grundstück in Z. überhaupt nicht haften; das Gegenteil sollte dagegen eintreten, sobald und soweit die Forderung aus dem Grundstücke H. Bl. 16515 uneinbringlich sein würde, freilich immer nur mit der Maßgabe, daß das zuerst bezeichnete Grundstück nur bis zu 5000 *M* haften sollte. Das alles geht schon aus dem Eintragungsvermerke hinreichend sicher hervor, wenngleich die Eigenschaft der Sicherungshypothek als Höchstbetragshypothek und als Ausfallshypothek im angegebenen Sinne noch deutlicher hätte ausgedrückt werden können und im Interesse der Verkehrssicherheit hätte ausgesprochen werden sollen. Geht man nunmehr davon aus, daß sich die in Rede stehende Sicherungshypothek ihrer Eintragung nach als eine Ausfallshypothek darstellt, dann läßt sich die Annahme des Berufungsgerichts, daß ihre Eintragung unzulässig war, und daß auf Grund ihrer bei der Zwangsversteigerung Rechte nicht geltend gemacht werden durften,

keinesfalls halten. Die Eintragung war vielmehr zulässig und durch sie ist ein verfolgbares Recht an dem Grundstücke begründet worden. (Vgl. RGZ. Bd. 70 S. 248, 249). Urt. des V. ZS. vom 6. Mai 1914, V. 4. 1914).

3436 E.

II.

Zu § 1610 BGB.: Können bei der Bemessung des Unterhalts für ein minderjähriges Kind neben den Verhältnissen des Vaters auch die der Großeltern berücksichtigt werden? Aus den Gründen: Das LG. hatte ausgeführt, die Lebensstellung des minderjährigen Kindes ergebe sich aus der Stellung des Vaters. Das gelte auch nach der Scheidung der Ehe der Eltern. Eine wirtschaftlich günstigere Lage der beiderseitigen Großväter komme rechtlich nicht in Betracht. Die Unterhaltsansprüche der Kläger seien daher nach der Lebensführung der Eltern zu beurteilen; es sei zu prüfen, wie groß der Verbrauch der Eltern der Kläger vor der Scheidung gewesen sei. Dieser habe jährlich durchschnittlich 3100 *M* betragen. Auf dieser Grundlage hatte das LG. für die beiden Kläger zusammen eine Jahresrente von 1600 *M* für angemessen erachtet, wovon die Hälfte mit 800 *M* vom Beklagten, als dem Großvater väterlicherseits, aufzubringen sei. Das OLG. hält diese Begründung rechtlich nicht für zutreffend und führt seinerseits aus: Es sei allerdings richtig, daß der standesmäßige Unterhalt in erster Linie nach den Verhältnissen des Vaters der Kläger zu bemessen sei. Das LG. übersehe aber, daß in den Vermögensverhältnissen der Begriff der Lebensstellung nicht erschöpft werde. Möge auch der Vater der Kläger in folge seines Gesundheitszustandes oder besonderer Umstände anderer Art wirtschaftlich heruntergekommen sein und augenblicklich als gewöhnlicher Lohnschreiber seinen Lebensunterhalt kärglich verdienen, so sei doch nicht außer acht zu lassen, daß seine gesamte Lebensstellung nicht die eines einfachen Arbeiters sei. Sein Vater sei ein wohlhabender Kaufmann und gehöre dem gebildeten besseren Mittelstande an. Er selbst sei dementsprechend erzogen worden und sei als selbständiger Kaufmann tätig gewesen. Seinem Stande entsprechend habe er die Tochter eines bemittelten und gleichfalls gebildeten, dem besseren Mittelstande angehörenden Mannes geheiratet. Die Lebensstellung der ganzen Familie müsse aber bei Bemessung des standesgemäßen Unterhaltes mitberücksichtigt werden, und es sei verfehlt, lediglich die gegenwärtige Einnahme oder den Verbrauch des Vaters während der Ehe ausschließlich zugrunde zu legen. Man werde also zu fragen haben, welche Mittel erforderlich seien, um die Kläger als Kinder von guter Herkunft zu unterhalten, ohne die derzeitigen sehr bescheidenen Verhältnisse ihres Vaters außer acht zu lassen. Unter den obwaltenden Umständen sei ein Unterhaltsbeitrag von etwa 2000 *M* jährlich für beide Kläger zusammen angemessen, so daß der Beklagte die Hälfte, d. h. monatlich 85 *M* zu zahlen habe. Die Revision bekämpft diese Ausführungen des OLG. und hält den Rechtsstandpunkt des LG. für den richtigen. Es kann ihr aber nicht beigetreten werden. Der Senat hat bereits im Urteile vom 24. Januar 1910, IV 103/09, in einem ähnlich liegenden Falle ausgesprochen, darauf, daß der Vater in seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen zurückgegangen sei, könne kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Bei der Beurteilung der Lebensstellung des minderjährigen Kindes sei auf die gesamten Verhältnisse der Familie, insbesondere auch auf die gesellschaftliche Stellung und die Vermögensverhältnisse der Großeltern, die ihren fortwirkenden Einfluß auf die Stellung des Kindes und seines Vaters behielten, Rücksicht zu nehmen (vgl. auch Mot. z. BGB. Bd. 4 S. 697/8 und Urteil des Senats vom 22. September 1913, IV 212/13). Damit befindet sich die Entscheidung des OLG. im Einklang. (Urt. d. IV. ZS. vom 20. April 1914, IV 709/1913).

3435 E.

III.

Beruhen der im Rechtsstreit erhobene und der Kostenerstattungsanspruch aus einem Vorprozeß auf demselben rechtlichen Verhältnis? Aus den Gründen: LG. und OLG. haben die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts durch den Beklagten für unzulässig erklärt, weil der im § 273 BGB. geforderte rechtliche Zusammenhang nicht gegeben sei. Das wird von der Revision mit Recht angegriffen. Allerdings ist die Kostenerstattungspflicht nach §§ 91 ff. ZPO. von dem im Rechtsstreite geltendgemachten Anspruche grundsätzlich (eine Ausnahmebestimmung enthält der § 97 Abs. 3) insofern unabhängig, als sie die unterliegende Partei ohne Rücksicht darauf trifft, welcher Anspruch von dem Kläger erhoben war; doch kann daraus nicht mit dem OLG. und der von ihm angezogenen Entscheidung des OLG. Braunschweig (Rspr. 22 S. 188) gefolgert werden, daß für die Zulässigkeit der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wegen eines Anspruchs auf Erstattung von Prozeßkosten der in dem Vorprozesse geltendgemachte Klaganspruch ohne jede Bedeutung sei. Die Ansicht des BG. würde dahin führen, ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines solchen Anspruchs fast ausnahmslos zu versagen. Nach feststehender Rechtsprechung des RG. (RG. 57, 7; 68, 34; 72, 65 und 103; 78, 336; 83, 268) erfordert der § 273 nicht, daß der Anspruch und der Gegenanspruch auf demselben Rechtsgrunde beruhen, sondern es genügt die natürliche Einheitlichkeit des tatsächlichen Verhältnisses, die es als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn die eine Partei von der anderen die Leistung verlangt, die von ihr geschuldete aber nicht gewähren will. Ein solcher Zusammenhang ist aber auch in einem Falle, wie er hier vorliegt, gegeben, wenn der Kläger auf Grund desselben Rechtsverhältnisses, auf dem sein Anspruch beruht, in dem Vorprozeß einen unbegründeten Anspruch erhoben hat und der Beklagte die Erstattung der Kosten dieses Vorprozesses begehrt. (Urt. d. III. ZS. vom 16. Juni 1914, III 137/14). —a—

3431

IV.

Kein Vertragsanspruch der Hinterbliebenen des auf einer Eisbahn tödlich verunglückten gegen den Unternehmer. Aus den Gründen: Nicht begründet ist die Ausführung der Revision, daß der Klaganspruch auch auf vertragliche Haftung des Beklagten sich stützen könne. Mag auch ein Vertragsverhältnis zwischen dem Ehemann der Klägerin und dem Beklagten bestanden haben, so kann doch die Klägerin hieraus weder für sich noch für ihre Kinder Ansprüche herleiten. Der Klaganspruch kann nur auf § 844 BGB. gegründet werden. § 844 ist aber nur auf unerlaubte Handlungen sowie im Falle des § 618 BGB. anwendbar. Die Verletzung eines Vertrags gibt im allgemeinen dem Vertragsgenossen nur einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens. (Urt. d. III. ZS. vom 23. Juni 1914, III 152/14). —a—

3432

B. Strafsachen.

I.

Bauwerk i. S. des § 305 StGB. Aus den Gründen: Das LG. erachtet allein die Mauer, deren teilweisen Einsturz der Angeklagte verursacht haben soll, für ein „Bauwerk" i. S. des § 305 StGB. Dem steht allerdings entgegen, daß ein wesentliches Merkmal des „Bauwerkes" i. S. dieser Bestimmung seine Selbständigkeit bildet, daß das Bauwerk ein in sich abgeschlossenes Ganzes darstellen muß (RGSt. Bd. 15 S. 263 [265]). Diese Eigenschaft hat der in Rede stehenden Mauer offensichtlich gefehlt,

Sie war ein notwendiger Bestandteil der im Bau begriffenen Remise, die z. Z. der Tat soweit fertig war, daß mit den Zimmerarbeiten begonnen werden sollte. Sie sollte als Brandmauer gegen das den Eltern des Angeklagten gehörige Nachbargrundstück dienen, bildete aber im übrigen eine der vier Umfassungsmauern des künftigen Gebäudes und war allein bis in das zweite Stockwerk aufgeführt, während die drei übrigen Umfassungswände nur bis zur Höhe des Untergeschosses reichten. Daß aber dieser so gestaltete Neubau, trotzdem er noch kein vollendetes Gebäude war, seiner gesamten äußeren Erscheinung nach als Bauwerk i. S des Gesetzes angesehen werden kann, ist nach der ständigen Rechtsprechung des RG. nicht zweifelhaft (RGSt. Bd. 30 S. 246, RGRspr. Bd. 6 S. 477 [478]). Das Gesetz versteht unter „Bauwerk" nichts anderes, als was auch der allgemeine Sprachgebrauch hierunter verstanden wissen will. Dementsprechend kann eine nach den Regeln der Baukunst vorgenommene und mit Grund und Boden dauernd verbundene Zusammenfügung von Baustoffen, wie bei dem in Rede stehenden Remisenneubau, an dem die Maurerarbeiten im wesentlichen schon beendet sein müssen, unbedenklich ein „Bauwerk" genannt werden, dessen teilweise Zerstörung verursacht zu haben, der Angeklagte überführt ist. Der von ihm zu vertretende Einsturz eines Teiles der Brandmauer machte erkennbar diese und damit den ganzen Neubau für seine Zweckbestimmung untauglich (RGRspr. Bd. 7 S. 274 [275]); denn dieser konnte nicht vollendet werden, ohne daß die eingestürzten Mauerteile wieder ergänzt wurden. Die Annahme, daß der Angeklagte ein „Bauwerk" teilweise zerstört habe, ist also gerechtfertigt, wenn auch die Gründe des Urteils nicht durchweg einwandfrei sind. (Urt. des I. StS. vom 18. April 1914, 1 D 207/14).

3421 E.

II.

Zum Grundsatze der Spezialität im Auslieferungsverkehr besonders mit Oesterreich; darf wegen Vergehens des Diebstahls verurteilt werden, wer von dort wegen schweren Diebstahls ausgeliefert ist? Aus den Gründen: Die Revision behauptet mit Unrecht, der Angeklagte habe, weil nur wegen schweren Diebstahls ausgeliefert, nicht wegen einfachen Diebstahls verurteilt werden dürfen. Allerdings ist in dem Haftbefehl, der dem an das österreichische Gericht gestellten Auslieferungsbegehren beigefügt war, dem Angeklagten ein schwerer Diebstahl i. S. des § 243 Abs. 1 Nr. 3 zur Last gelegt. Im Auslieferungsverfahren hat die österreichische Gerichtsbehörde, das Kreisgericht in N., zunächst geprüft, ob genügende Beweise für die Schuld des Angeklagten hinsichtlich des Diebstahls vorliegen. Auf Beibringung des geforderten Nachweises ist die Auslieferung erfolgt, über welche nur das Telegramm „Auslieferung B. bewilligt" Auskunft gibt. Das LG. hat sodann das Hauptverfahren wegen schweren Diebstahls eröffnet, es stand aber der Verurteilung wegen einfachen Diebstahls nichts im Weg, nachdem sich in der Hauptverhandlung der Nachweis des Erschwerungsgrundes nicht hatte erbringen lassen. Denn wenn auch ein Staat die Auslieferung nur wegen einer bestimmten strafbaren Handlung bewilligt, deren Nachweis er geprüft hat (Grundsatz der Spezialität), so folgt daraus nicht, daß der Ausgelieferte nur unter dem in dem Auslieferungsgesuch angenommenen rechtlichen Gesichtspunkt abgeurteilt werden darf. Wie das RG. in ständiger Rechtsprechung anerkannt hat, bleibt die Würdigung im Auslieferungsbegehren bedeutungslos, wenn die Tat nur in der rechtlichen Beschaffenheit, die ihr der urteilende Richter nach dem Ergebnis der Verhandlung beilegen zu müssen glaubt, unter diejenigen strafbaren Handlungen fällt, wegen derer nach dem Vertrag die Auslieferung überhaupt beantragt oder bewilligt werden kann (RG. 27, 127 u. 413; 30, 440; 31, 428; 33, 388; 34, 68; 36, 345). Das trifft aber zu nach dem Inhalt des Beschlusses der Deutschen Bundesversammlung vom 26. Januar 1854, „wegen gegenseitiger Auslieferung von Personen, welche wegen gemeiner Verbrechen oder Vergehen zur Untersuchung gezogen worden sind", (verkündet für Bayern RegBl. 1854, S. 209), der das Auslieferungsverfahren zwischen dem Königreich Bayern und den zum ehemaligen Deutschen Bund gehörigen Kronländern der österreichischen Monarchie, also einschließlich Mährens, regelt und heute noch gilt (RG. 43, 264, 265). Hiernach findet die Auslieferung allgemein statt, falls nach den Gesetzen des ersuchten Staates die strafbare Handlung als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und die Strafe nicht verjährt ist (Art. I Abs. 1). Der Angeklagte wäre also ausgeliefert worden, wenn ihm überhaupt nur ein Verbrechen des Diebstahls nach österreichischen Gesetzen zur Last gefallen wäre. Ein solches ist aber seine Handlung, wie das LG. nachweist, da nach §§ 171, 173 Oester. StGB. Diebstähle im Betrag von mehr als 200 Kronen gleich 170 *M* als Verbrechen anzusehen sind und Verjährung nicht eingetreten ist. Das Kreisgericht N. hat auch bei seinem Ersuchen vom 24. Januar 1914, wie dessen Inhalt ergibt, nur auf den Nachweis Wert gelegt, daß sich der Angeklagte eines Verbrechens des Diebstahls i. S. des Oesterreichischen Rechts, nicht auch eines erschwerten Diebstahls, schuldig gemacht habe. Deshalb stand die Auslieferung der Verurteilung des Angeklagten wegen einfachen Diebstahls nicht im Weg. Wie übrigens das RG. in der Entsch. Bd. 43 S. 264 angenommen hat, gilt der Grundsatz der Spezialität nach dem Beschlusse vom 26. Januar 1854 im Verhältnis der deutschen Staaten zu den Kronländern der Oesterreichischen Monarchie überhaupt nicht, so daß der Angeklagte sogar auch wegen anderer Diebstähle, die nicht Gegenstand der Auslieferung waren, hätte zur Verantwortung gezogen werden können, falls sie sich nur als Verbrechen nach Oesterreichischem Strafrecht dargestellt hätten. (Urt. des I. StS. vom 15. Juni 1914, I D 564/14). E.

3428

III.

Bestrafung aus § 16 WZG. wegen Mißbrauchs des Wortes Camembert. Aus den Gründen: „Camembert" ist nach den Urteilsfeststellungen der Name eines Orts, durch dessen Verwendung als Warenbezeichnung Käse gekennzeichnet wird, der aus dem Flecken Camembert, seiner Umgegend, und schließlich der Normandie überhaupt stammt. In Deutschland ist der Name längst zur Gattungsbezeichnung für eine bestimmte Art Weichkäse geworden. Nach den Ausführungen des Urteils schließt dieser Umstand nicht aus, daß im Einzelfall der Name trotzdem noch als Herkunftsbezeichnung auftritt und fälschlich zu einer unrichtigen Herkunftsbezeichnung verwendet wird, weil durch die besondere Art der Verwendung des Ortsnamens der Glaube erweckt werden kann, nicht der Gattungsname sei zur Bezeichnung der Ware gebraucht, sondern es handle sich um Ware aus dem Herstellungsgebiet, auf das der Ortsname verweist. Diese Möglichkeit ist, wie das Urteil zutreffend betont, in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung mehrfach anerkannt und insoweit bestehen Bedenken rechtlicher Art nicht. Wesentlich auf tatsächlichem Gebiet liegt aber die im Anschluß hieran getroffene Entscheidung, daß sich aus den Umständen, unter denen der Angeklagte den Ortsnamen Camembert innerhalb seiner Warenbezeichnung verwendete und erscheinen ließ, ergebe, daß dieser Name als Herkunftsbezeichnung, nicht als Gattungswarenname hervortrete, und daß diese Wirkung dem Vorsatz des Angeklagten entspreche; auf den Etiketten des Angeklagten befinde sich eine für den deutschen Käufer und Verbraucher nicht allgemein verständliche Umschrift in französischer Sprache und die Zeichnung einer Bäuerin

aus der Normandie; auch sei die sonstige bildliche Darstellung der Warenbezeichnung des Nebenklägers entnommen, die gerade auf die Kennzeichnung der Herkunft seines in der Normandie erzeugten Camembertkäses berechnet sei; all das müsse im Verkehr die Ansicht hervorrufen, daß das in der Umschrift befindliche Wort Camembert als Ortsname und Herkunftsbezeichnung zu gelten habe. Die Revision bekämpft diese Annahme und weist darauf hin, daß durch die Worte «fromagerie des Alpes» jeder Käufer und Verbraucher darüber aufgeklärt werde, daß der Käse nicht aus der Normandie stamme, weil dort keine Alpen seien, und daß daher „Camembert" nur als Gattungsbezeichnung gebraucht sein könne; allein diese Ausführung ist an sich keineswegs schlüssig, jedenfalls aber eine rein tatsächliche, der Annahme des Urteils widersprechende Behauptung und als solche nach §§ 260, 376 StGB. unbeachtlich. Auch die im Gesetz hervorgehobenen verbotwidrigen Zwecke sind als die von dem Angeklagten verfolgten ausreichend im Urteil festgestellt. Nach der Ansicht des LG. hat der Angeklagte mit der Vorliebe des deutschen Käufers für „französischen Camembertkäse" und dem sich hieraus im Wettbewerb mit deutschem Weichkäse gleicher Benennung ergebenden höheren Handelswert gerechnet und diesen höheren Wert seiner Ware beilegen wollen. Wenn das Urteil sagt, daß der Käufer glauben sollte, er bekomme einen „in Frankreich gefertigten Camembert", so ist das im Zusammenhang mit den vorausgehenden und namentlich den nachfolgenden Ausführungen nur so zu verstehen, daß der Angeklagte über den Handelswert seiner Ware, so wie er sich aus der Vorliebe der Verbraucher und der Käufer für „französischen Camembert" ergibt, dahin täuschen wollte, daß er sie als „echten Camembert", nämlich in der Normandie hergestellten und deshalb nach dem Ort Camembert als demjenigen der Herkunft bezeichneten Käse ausgab. Danach ist die Bestrafung aus § 16 WZG. gerechtfertigt. Wo die von dem Nebenkläger vertretene Firma ihre Käse fabriziert, ob diese ihre Ware richtig kennzeichnet, wenn sie innerhalb ihres geschützten Warenzeichens gleichfalls das Wort „Camembert" verwendet, darauf kommt es bei Anwendung des § 16 WZG. überhaupt nicht an; noch weniger darauf, ob die Fabrik dieser Firma als in der Normandie gelegen angesehen werden kann. Nicht die Berechtigung der von der genannten Firma angewendeten Herkunftsangabe, auch nicht die Nachahmung ihres Warenzeichens bilden den Gegenstand der Aburteilung, sondern nur der hiervon ganz unabhängige Gebrauch des Ortsnamens Camembert durch den Angeklagten, der seine eigene Ware fälschlich mit dem Namen dieses Orts versehen hat, um über deren Herkunft und damit über deren Wert zu täuschen. Daß dies innerhalb und mittels der Nachahmung des fremden Warenzeichens geschah, ist gleichgültig. (Urt. des I. StS. vom 15. Juni 1914, 1 D 181/1914). E.

3429

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Die Gebührenermäßigung nach Art. 14 Satz 2 Abs. 3 GebG. tritt nicht ein, wenn die Rechte aus dem Meistgebot in der Zeit zwischen dem Versteigerungstermin und einem zur Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag anberaumten weiteren Termin oder erst in diesem letzteren Termin abgetreten worden sind. In einem Zwangsversteigerungsverfahren blieb J. S. Meistbietender mit einem Bargebote von 22700 *M*. S. hatte sich zwar als Bevollmächtigter der als Hypothekengläubiger beteiligten Ehegatten J. und K. eingefunden, jedoch zunächst 20000 *M* „für sich selbst" geboten und war meistbietend mit 22700 *M* geblieben. Auf seinen Antrag wurde die Entscheidung über den Zuschlag auf den 16. März 1913 vertagt. In einer von dem Versteigerungsbeamten beglaubigten Urkunde vom 14. Mai 1913 erklärte S., daß er für den Bauer J. G. in A. geboten habe, und beantragte, diesem den Zuschlag zu erteilen; J. G. stimmte zu. Im Termine vom 16. Mai erteilte sodann der Versteigerungsbeamte nach § 81 Abs. 3 ZVG. dem J. G. den Zuschlag. Das Versteigerungsprotokoll bewertete der Notar nach Art. 10, 146 Abs. 1 Nr. 3 GebG. mit einer Staatsgebühr von 697 *M* aus einem Werte von 34850 *M*; für die Beglaubigung der Urkunde vom 14. Mai setzte er eine Staatsgebühr von 1 *M* an. Die Regierungsfinanzkammer ordnete für die Urkunde vom 14. Mai im Hinblick auf Art. 14 Abs. 3 Satz 1 und Art. 146 Abs. 1 Nr. 3 GebG. die Nachholung von 696 *M* von G. und S. an. Gegen die Nachholung erhob J. S. Beschwerde zum LG. Dieses erklärte die Nachholung für gerechtfertigt. Die weitere Beschwerde wurde verworfen.

Aus den Gründen: Der durch die Nov. vom 29. April 1910 aufgenommene Abs. 3 des Art. 14 GebG. will die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot oder die Erklärung, für einen Dritten geboten zu haben, mit der Gebühr des Art. 146 GebG. belegen, da diese rechtsgeschäftlichen Erklärungen wirtschaftlich einer Veräußerung des Grundstücks selbst gleichkommen und die Ersparung einer Zwischenerwerbung und damit auch die Ersparung der damit verbundenen Gebühr ermöglichen. Nach Satz 2 des Abs. 3 sind zwei Ausnahmen zugelassen, in denen statt der Gebühr des Art. 146 nur eine Gebühr von 1 *M* erhoben wird. Der erste Fall, daß die Abtretung oder die Erklärung im Versteigerungstermin erfolgt, trägt dem Interesse des Erstehers Rechnung, da gerechtfertigte Gründe vorliegen können, das Gebot durch andere abgeben zu lassen, und in einem solchen Fall ein Mißbrauch der Befreiungsvorschrift nicht leicht möglich ist. Der Beschluß, durch den der Zuschlag erteilt oder versagt wird, ist nach § 87 Abs. 1 ZVG. in dem Versteigerungstermin oder in einem sofort zu bestimmenden Termin zu verkünden, der Versteigerungstermin endet sonach entweder mit der Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag oder mit der Bestimmung eines neuen Termins zur Verkündung dieser Entscheidung. Verfehlt ist die Annahme des Beschwerdeführers, daß der Versteigerungstermin erst mit der Verkündung über die Entscheidung des Zuschlags ende. Die Begründung des Gesetzes läßt übrigens auch erkennen, daß es unter „Versteigerungstermin" den Termin versteht, in dem entweder über den Zuschlag entschieden oder ein neuer Termin zur Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag bestimmt wird. Denn es wird dort bemerkt: wenn sich auch innerhalb der zwischen dem Schlusse des Versteigerungstermins und dem Zuschlagstermine liegenden kurzen Frist von einer Woche nicht häufig Gelegenheit zur Weiterveräußerung biete, so sei doch kein Grund ersichtlich, die Veräußerung von der Gebühr freizulassen, wenn es der Fall sei. Da J. S. die Erklärung, für J. G. geboten zu haben, nicht im Versteigerungstermine selbst abgab, sondern erst einige Tage später, sind die Voraussetzungen des ersten Ausnahmefalls nicht gegeben. (Beschl. des II. ZS. vom 4. Mai 1914, Reg. V Nr. 10/1914). M.

3384

II.

Wo befindet sich die Hauptniederlassung einer Aktiengesellschaft? Kann eine solche mehrere Niederlassungen haben, von denen keine „Hauptniederlassung" ist? (§§ 182, 50 Abs. III HGB.). Die A.-G. Maschinenfabrik A.-N. mit dem Sitze in A. besitzt Niederlassungen in A., N., G. und D. Der Generaldirektor der A.-G. hat zum Handelsregister des AG. A. angemeldet, daß M. K. und F. M. in N. zu Prokuristen für die Niederlassung N.

bestellt wurden. Das AG. hat die Eintragung abgelehnt, weil nach § 50 HGB. die Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer Zweigniederlassung nur zulässig sei, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Der Eintragungsantrag wurde mit dem Bemerken wiederholt, daß die einzelnen Niederlassungen sich durch den der Firma beigesetzten Zusatz „Werk A.“, „Werk N.“ usw. unterscheiden; vorsorglich werde auch die Eintragung dieser Zusätze beantragt. Das AG. lehnte sowohl die Eintragung der beschränkten Prokura als auch die des Firmenzusatzes ab. Das LG. hat die Beschwerde verworfen. Auch die weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Beschwerde und weitere Beschwerde gehen davon aus, daß die A.-G. zwar einen Sitz haben müsse, daß es dagegen nicht notwendig sei, daß eine aus mehreren Niederlassungen bestehende A.-G. eine Hauptniederlassung habe und diese mit dem Sitze der Gesellschaft zusammenfalle. Der Senat hat schon in der Entscheidung vom 10. Juli 1907 (Slg. Bd. 8 S. 342) ausgesprochen, daß bei der A.-G. der durch die Satzung bestimmte Sitz der Gesellschaft zugleich die Hauptniederlassung sei. Hievon abzugehen besteht kein Anlaß. Wie jede Körperschaft hat auch die A.-G. notwendig einen Sitz d. h. einen Mittelpunkt, von dem aus das Unternehmen geleitet wird. Während aber die physische Person mehrere Wohnsitze haben kann, ist bei der A.-G. nur ein Sitz möglich, denn der Sitz ist für die die rechtliche Stellung der A.-G. erst begründende Eintragung entscheidend; nach ihm bestimmt sich, welchem Rechte die A.-G. unterworfen ist. Der Sitz der A.-G. ist nicht notwendig an den Ort gebunden, an dem sich das von ihr betriebene kaufmännische Unternehmen befindet; vielmehr ist die Bestimmung des Sitzes der freien Vereinbarung überlassen. Der Sitz kann auch an einem anderen Orte begründet werden als da, wo die Verwaltung geführt wird; dagegen können Sitz und Hauptniederlassung nicht getrennt werden. Das Gesetz stellt der Hauptniederlassung die Zweigniederlassung gegenüber, worunter jede Niederlassung außerhalb des Sitzes zu verstehen ist, einerlei ob ihr wirtschaftlich nur Nebenbedeutung zukommt oder ob sie die bedeutendere ist (vgl. HoldhMSchr. Bd. 10 S. 157; vgl. auch ROHG. Bd. 10 S. 42, Bd. 21 S. 37; KGJ. Bd. 13 S. 42).

In der Rechtslehre gilt überwiegend die Anschauung, daß der Sitz der A.-G. notwendig mit der Hauptniederlassung zusammenfalle und daß beide dasselbe seien (s. insbes. Staub, HGB. 9. Aufl. § 182 Anm. 17; Lehmann-Ring, HGB. § 182 Anm. 3a u. a.; dagegen unter irrtümlicher Berufung auf ROHG. Bd. 21 S. 37 Makower, HGB. § 17 III c). Diese Anschauung ergibt sich notwendig aus der Fassung des Gesetzes selbst. Hier ist überall die Zweigniederlassung der Hauptniederlassung gegenübergestellt; Sitz der Gesellschaft und Hauptniederlassung sind vielfach als gleichbedeutend gebraucht (vgl. insbes. § 13 Abs. 3 mit § 201 Abs. 5 HGB., Art. 176 mit Art. 179 des ADHGB.). Nach § 29 HGB. muß jeder Kaufmann, sonach auch die A.-G., seine Firma und den Ort seiner Handelsniederlassung bei dem Gericht, in dessen Bezirke sich die Niederlassung befindet, zur Eintragung anmelden. Vor der Eintragung besteht die A.-G. als solche nicht (§ 200). Auch hieraus geht hervor, daß die A.-G. eine Niederlassung haben muß, wenn sie Rechtsfähigkeit erlangen will, und diese Niederlassung ist bei mehreren Niederlassungen notwendig die Hauptniederlassung; denn die Eintragung der übrigen Niederlassungen setzt die Eintragung der Hauptniederlassung voraus (§ 13 Abs. 2 HGB.). Nach der Auffassung der weiteren Beschwerde wären sämtliche Niederlassungen der A.-G. Maschinenfabrik A.-N. nur Zweigniederlassungen der einheitlichen, in A. domizilierenden A.-G. Diese Auffassung ist unhaltbar; denn eine Zweigniederlassung i. S. des § 13 HGB. kann nicht am Sitze des Hauptgeschäfts bestehen, sondern muß sich an einem anderen Ort und in einem anderen Gerichtsbezirke befinden. Die Meinung der Beschwerde, daß eine A.-G., auch wenn sie mehrere Niederlassungen hat, doch nicht notwendig in Haupt- und Zweigniederlassungen gegliedert sein müsse, findet auch in § 50 Abs. 3 HGB. keine Stütze. Dort ist allerdings davon die Rede, daß die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden, und ist nur als besonderer Fall angeführt, daß eine Verschiedenheit der Firmen i. S. dieser Vorschrift auch dadurch begründet werde, daß für die Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt werde, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet. Allein damit ist keineswegs gesagt, daß alle kaufmännischen Geschäfte, die verschiedene Niederlassungen haben, auch unter verschiedenen sie als gleichberechtigt ausweisenden Firmen betrieben werden können. Betreibt ein Kaufmann verschiedene Geschäfte unter verschiedenen Firmen, so kann der Prokurist selbstverständlich auch nur für eines dieser Geschäfte bestellt werden, betreibt er aber mehrere Geschäfte unter einer Firma, so bezieht sich die Prokura notwendig auf alle Niederlassungen; um aber in diesem Falle eine Beschränkung auf eine einzelne, vom Hauptgeschäfte verschiedene Niederlassung zu ermöglichen, hat das Gesetz den im § 50 Abs. 3 Satz 2 enthaltenen Ausweg eröffnet.

Hiernach ist A., wo sich der Sitz der Maschinenfabrik A.-N. befindet, auch die Hauptniederlassung dieser A.-G. Damit entfällt die Möglichkeit, daß der bei dem Handelsregister in A. eingetragenen Firma ein Zusatz, wie Werk A., beigefügt werde, denn die A.-G. kann nur eine Firma haben, die auch von den Zweigniederlassungen, erforderlichen Falles mit Zusätzen, geführt werden muß. Hiezu wäre eine Firma Maschinenfabrik A.-N., Werk A., nicht geeignet. Was weiter den Antrag anlangt, die in N. und G. bestehenden Niederlassungen mit den Zusätzen Werk N., Werk G. zu versehen, so besteht zwar kein Bedenken dagegen, daß eine Zweigniederlassung durch den Zusatz Werk N. von der Hauptniederlassung unterschieden werde. Dem Antrag kann aber schon deshalb nicht entsprochen werden, weil sich die durch § 13 Abs. 2 HGB. gebotene vorgängige Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung nur auf die das geschäftliche Unternehmen als Ganzes betreffenden Vorgänge bezieht; wenn sich dagegen die Eintragung nur auf die Zweigniederlassung bezieht, so haben diese Eintragungen beim Gerichte der Zweigniederlassung zu erfolgen; sie sind nicht zuerst bei dem Gerichte der Hauptniederlassung einzutragen. Das Registergericht der Zweigniederlassung hat die Zulässigkeit der Eintragung selbständig zu prüfen.

Dafür, daß die beschränkte Prokura nicht ohne vorgängige Eintragung des der Zweigniederlassung gegebenen Zusatzes eingetragen werden könne, spricht schon die Erwägung, daß der Zusatz bestimmt ist, Firmenbestandteil zu werden; der Prokurist hat die Firma in der Weise zu zeichnen, daß er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt (§ 51 HGB.); er kann die Firma der Zweigniederlassung durch seine Unterschrift nicht erst schaffen, sondern er muß, wenn seine Prokura auf den Betrieb der Zweigniederlassung beschränkt ist, die Firma mit dem Zusatze zeichnen, durch den die Firma für ihre Beziehungen Dritten gegenüber als Zweigniederlassung im Handelsregister gekennzeichnet ist. (Beschl. des I. ZS. vom 16. Mai 1914, Reg. III Nr. 36/1914). M.

3405

B. Strafsachen.

I.

Zum Begriffe des gewerbsmäßigen Vermittelungsagenten für Darlehen; ist auch die auf Verschaffung eines Bankkredits besonders in der Form des Kontokorrents abzielende Tätigkeit die eines solchen Agenten? Der Angeklagte betreibt ein im Firmenregister eingetragenes

Agentur- und Kommissionsgeschäft; er befaßt sich auch damit, gegen Entschädigung Kaufleuten und Fabriken einen Bankkredit in der Form des Kontokorrents zu verschaffen. Er wurde von den Vorinstanzen nach § 148 Ziff. 4 GewO. verurteilt, weil er entgegen dem § 35 Abs. 7 GewO. die Eröffnung des Geschäftes eines gewerbsmäßigen Vermittelungsagenten für Darlehen bei der Polizeibehörde nicht angezeigt hat. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Irrig ist die Meinung der Revision, daß durch § 35 Abs. 3 GewO. nach seinem Zweck und aus sozialpolitischen Gründen nur die an Beamte und Private sich wendenden Darlehensvermittler im landläufigen Sinne getroffen werden sollten, um deren Tätigkeit zu überwachen. § 35 Abs. 3 spricht allgemein von Darlehen ohne Unterschied des Standes, Berufes oder Gewerbes des Darlehensbedürftigen, will sonach jeden Staatsbürger schützen. Das BGB. enthält keine Bestimmung des Begriffs „Darlehen", es setzt ihn als allgemein bekannt voraus und gibt in § 607 Abs. 1 nur die wesentlichsten Bestandteile des Darlehensvertrags wieder, deren Kenntnis schon bisher Gemeingut des Volkes gewesen ist und noch ist. Jedenfalls liegt ein Darlehen vor, wenn jemand von einem anderen Geld zum Verbrauche mit der Verpflichtung erhält es in der gleichen Menge mit oder ohne Zinsen zurückzuerstatten. Um Darlehen dieser Art handelt es sich hier. Es ist gleichgültig, unter welchem Titel, unter welchen Formen das Darlehen gegeben, verbucht, verrechnet oder zurückbezahlt wird. Verpflichtet sich ein Bankier, einem Geldsuchenden Geld gegen Rückerstattung bis zu einer bestimmten Höhe zu leihen und räumt er ihm das Recht ein, das Geld nicht auf einmal, sondern in Einzelbeträgen abzuheben, so räumt er ihm einen Bankkredit ein; das hingegebene Geld ist jedoch nichts anderes als ein Darlehen. Wird der Bankkredit dieser Art in der Form eines Kontokorrents gegeben, so wird dadurch an der Eigenschaft des hingegebenen Geldes als Darlehen nichts geändert; es werden nur hinsichtlich der Buchung und der Art und der Zeit der Tilgungsmöglichkeiten die dem Kontokorrentverkehr eigenen einfacheren Formen gewählt. Der dem Bankkredit zugrunde liegende Kreditvertrag ist das klagbare Versprechen der Hingabe von Darlehen (§ 610 BGB.). Der Bankkredit in der Form des Kontokorrents beruht auf Vereinbarung; es ist der unechte, uneigentliche Kontokorrent gegenüber dem echten nach § 355 HGB. Nach den Feststellungen handelt es sich um den Bankkredit in der Form des Kontokorrents und das BG. hat deshalb zutreffend angenommen, daß Darlehen gewährt werden sollen. Es ist übrigens auch bei dem echten Kontokorrente des § 355 HGB. nicht ausgeschlossen, daß Darlehen an sich und in der Form des Bankkredits gewährt werden, da zwar die Kreditgewährung nicht ein wesentlicher, aber ein zulässiger und häufig vorkommender Bestandteil dieses Kontokorrents ist. (Urt. vom 28. März 1914, Rev.-Reg. Nr. 122/1914). Ed.

3362

II.

Bringt ein außergerichtlicher Vergleich einen Strafantrag zum Erlöschen, ohne daß dieser der Behörde gegenüber zurückgenommen worden ist? Aus den Gründen: Der StS. des ObLG. hat in dem Urteile vom 19. September 1908 Rev.-Reg. Nr. 408/08 ausgesprochen: die wirksame Zurücknahme eines Strafantrags erfordere naturgemäß, daß sie der Behörde erklärt werde, die zur Zeit der Zurücknahme mit der Sache befaßt sei. Vergleiche, Verzichte, Aussöhnungen der Parteien hätten nicht die Wirkung der Zurücknahme, wenn die Erklärungen nicht vor der zuständigen Behörde angebracht würden. In einem späteren Urteile (Entsch. Bd. 10 S. 435 ff.) hat der Senat anerkannt, daß ein vor Stellung des Strafantrages erklärter Verzicht auf das Recht wirksam sei. Die in diesem Urteil aufgestellten Grundsätze ausbauend hat er dann am 11. Februar 1913 entschieden, daß auch ein außergerichtlicher Vergleich die Wirkungen eines rechtswirksam gestellten Strafantrags zum Erlöschen bringe, ohne daß es einer Zurücknahmerklärung gegenüber der Behörde bedürfte (Entsch. Bd. 13 S. 63). Bei einer wiederholten Prüfung der Frage kann diese Rechtsanschauung nicht aufrecht erhalten werden. Die Befugnis des Verletzten durch seinen Antrag auf Strafverfolgung eine Voraussetzung für das staatliche Strafverfolgungsrecht zu begründen, gehört nicht dem vermögensrechtlichen Gebiete an und ist ein höchst persönliches Recht. Mag auch die Verfügungsbefugnis des Berechtigten über sein Antragsrecht eine privatrechtliche Seite haben, insoferne es einer Verletzung seiner Rechte durch einen anderen entspringt, so greift doch das Antragsrecht in das öffentliche Rechtsgebiet über; denn das Strafverfolgungsrecht des Staates hängt in den im Gesetze bezeichneten Fällen von der Stellung des Strafantrages ab. Da das öffentliche Recht der willkürlichen Verfügung des einzelnen entzogen ist, so wird die Befugnis des Verletzten über sein Antragsrecht zu verfügen, durch den Inhalt dieses Rechts begrenzt (RGZ. Bd. 42 S. 60 [62]). Mit der Stellung des nach dem Gesetze erforderlichen Strafantrags wird das Strafverfolgungsrecht des Staates uneingeschränkt wirksam und dauert fort bis ein im öffentlichen Rechte vorgesehener Erlöschungsgrund eintritt. Nun läßt allerdings das Strafgesetz in gewissen Fällen die Zurücknahme des Strafantrags mit der Wirkung zu, daß das auf Grund des Antrags eingeleitete Verfahren einzustellen ist (§ 64 StGB.). Aber das Erlöschen der Strafverfolgungsrechts des Staates beruht auf einer öffentlich-rechtlichen Bestimmung. Diese ist daher auch entscheidend für die Beurteilung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Darnach kann aber die Zurücknahme wirksam nur durch eine Erklärung gegenüber der Behörde erfolgen, deren Strafverfolgungsrecht von dem Vorliegen des Antrags abhängt. Eine außergerichtliche Vereinbarung zwischen dem Antragsberechtigten und dem Täter kann für sich allein das Strafverfolgungsrecht des Staates nicht beendigen. Diese Wirkung kommt vielmehr nach der Vorschrift des öffentlichen Rechtes nur der Zurücknahmeerklärung des Antragsberechtigten selbst gegenüber der zur Strafverfolgung berechtigten Behörde zu (RGSt. Bd. 8 S. 79 [80], RGZ. Bd. 42 S. 60 [62/63], Olshausen StGB. § 64 Anm. 9 und § 61 Anm. 49, RG. Beschl. vom 28. Mai 1903 DJZ. Bd. 8 S. 405 Ziff. 30, GoltdArch. Bd. 51 S. 292 [296 ff.], Köhler, die Lehre vom Strafantrag S. 165, teilweise a. M., vgl. auch Meikel JW. 1913 S. 629 [633]). Diese Auslegung entspricht nicht nur der Natur der Sache, sondern auch den Anforderungen der Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit. Die Entscheidung der Behörde darüber, ob ihre Berechtigung zur Strafverfolgung noch besteht, erfordert eine Erklärung des Berechtigten ihr selbst gegenüber. Sie kann nicht von dem unsicheren Ergebnis eines Beweisverfahrens abhängig gemacht werden. Man denke nur daran, daß die Vereinbarung nur zwischen dem Verletzten und dem Täter mündlich geschlossen wurde. Geht man davon aus, daß mit der Vereinbarung das Strafverfolgungsrecht des Staates erlischt, so bestünde die Möglichkeit, daß nur wegen der Nichterweislichkeit des von dem Verletzten bestrittenen Uebereinkommens das Strafverfahren fortgesetzt werden muß, obwohl in Wirklichkeit ein rechtswirksamer Strafantrag nicht mehr vorliegt. Dem gegenüber kann die Möglichkeit, daß der Verletzte nicht der übernommenen Verpflichtung nachkommt, den Strafantrag zurückzuziehen, umsoweniger von ausschlaggebender Bedeutung sein, als dem Angeklagten zur Geltendmachung seiner Rechte der Weg des Zivilrechtsstreites offen bleibt und ihm

zudem weitere Mittel zum Beweise des von ihm behaupteten Vergleiches bietet als das Strafverfahren. Die gleichen Erwägungen sind auch maßgebend für die Entscheidung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Strafrichter die Privatklage als zurückgenommen anzusehen hat. Denn mit der Erhebung der Privatklage macht der Privatkläger eine im öffentlichen Rechte begründete Befugnis, das staatliche Strafverfolgungsrecht, auf eigene Gefahr geltend. Die Voraussetzungen der wirksamen Zurücknahme einer Privatklage sind im öffentlichen Rechte (§ 431 StPO.) geregelt. Es können keine durchschlagenden Gründe geltend gemacht werden, die zur Annahme berechtigten, daß das mit der Privatklage eingeleitete Strafverfahren auch noch aus anderen Gründen als den in der Strafprozeßordnung anerkannten beendigt werde. Die Erwägungen, die gegen die Wirksamkeit des außergerichtlichen Vergleichs über einen wirksam gestellten Strafantrag sprechen, sind hier ebenfalls von Erheblichkeit. (Urteil vom 9. Mai 1914 Rev.-Reg. Nr. 261/1914).

3427 Ed.

Oberlandesgericht München.

Umfang des Pfändungsvorrechts für den Unterhalt unehelicher Kinder. (§§ 850 ZPO.; 4, 4a LohnBG.). Die minderjährige Arbeiterin Th. S. gebar am 3. Nov. 1913 außerehelich ein Kind, das schon nach 16 Stunden starb. Auf ihre am 24. Nov. 1913 zugestellte Klage wurde der Beklagte als Kindsvater durch Teilurteil des Amtsgerichts vom 5. Dez. 1913 zur Zahlung von 174 *M* verurteilt, darunter 60 *M* Unterhalt des Kindes für die drei ersten Monate gemäß § 1710 Abs. 3 BGB., übergegangen auf die Kindsmutter als Erbin gemäß § 1713 BGB. Am 6. Dez. 1913 wurde der Klagepartei vollstreckbare Ausfertigung erteilt. Durch Beschluß des Amtsgerichts vom 3. Jan. 1914 wurde auf Antrag der Kindsmutter auf Grund des am 15. Dez. 1913 zugestellten Teilurteils zugunsten der Unterhaltsforderung zu 60 *M* für die Zeit vom 3. Nov. 1913 bis 2. Febr. 1914 die dem Beklagten gegen die Firma S. & H. hier zustehende Lohnforderung unter Beschränkung auf wöchentlich 5 *M* gepfändet, und zur Einziehung überwiesen. Die Einwendungen des Beklagten nach § 766 ZPO. wurden zurückgewiesen. Auf dessen sofortige Beschwerde hob das LG. den Pfändungsbeschluß insoweit auf, als er die Pfändung für einen höheren Betrag als 26 *M* verfügte; im übrigen wurde die Beschwerde zurückgewiesen. Das LG. nahm an, daß die Kindsmutter nachgewiesenermaßen für das Kind 26 *M* zur Beschaffung von Wäsche und an Beerdigungskosten ausgelegt habe, daß das Vorrecht des unehelichen Kindes nach § 4a LohnBG. als höchst persönliches Recht beim Uebergang der Forderung auf eine andere Person zwar grundsätzlich erlösche, jedoch, soweit die Mutter oder ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter des unehelichen Kindes diesem den Unterhalt tatsächlich gewähre, mit dem Vorrechte des § 4a auf diese Person übergehe, da die Forderung hiedurch ihre Eigenschaft als Unterhaltsforderung nicht verliere (§ 1709 Abs. II BGB.); sonach sei die Pfändung zugunsten von 26 *M* in der Beschränkung auf wöchentlich 5 *M* zulässig und angemessen, im übrigen aber erscheine sie unzulässig. Hiergegen erhob die Kindsmutter weitere Beschwerde, weil eine Herabsetzung des Forderungsbetrages zu 60 *M*, auf den der Vollstreckungstitel laute, nur auf Grund des § 767 ZPO. möglich gewesen wäre, und dem angefochtenen Beschlusse auch § 760 Abs. 3 BGB. entgegenstehe, endlich weil, falls keine bevorrechtete Pfändung wegen des Restes zu 34 *M* anzunehmen wäre, der Pfändungsantrag hiewegen nicht abzuweisen, sondern auf den 125 *M* monatlich übersteigenden Lohnbetrag des Schuldners zu beschränken gewesen wäre. Die Beschwerde hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen: Die Verweisung der Beschwerdeführerin auf § 767 ZPO. ist nicht zutreffend, da das LG. die teilweise Aufhebung des amtsgerichtlichen Pfändungsbeschlusses nicht auf den Mangel eines Vollstreckungstitels, sondern auf die Unzulässigkeit der Pfändung mangels Anwendbarkeit des § 4a LohnBG. gestützt hat. Eine Kürzung des durch den Vollstreckungstitel ausgewiesenen Betrages zu 60 *M* muß auch jetzt außer Betracht bleiben, obwohl vom Gerichtsvollzieher auf der vollstreckbaren Ausfertigung die Beitreibung von 33,50 *M* an der Urteilssumme zu 174 *M* bestätigt ist und hienach in Frage kommt, ob nicht nach § 366 BGB. eine anteilsmäßige Anrechnung auf den Unterhalt zu 60 *M* anzunehmen wäre. Es muß vielmehr die Geltendmachung von Einwendungen gegen eine etwaige Ueberpfändung dem Schuldner selbst vorbehalten bleiben. Ob Unterhaltsforderungen eines unehelichen Kindes, soweit sie nach § 1709 Abs. 2 BGB. oder im Erbwege auf Dritte, — insbesondere die Kindsmutter — übergegangen sind, das Vorrecht des § 4a LohnBG. behalten, ist bestritten. Vgl. einerseits für Bejahung Gaupp-Stein, 10. Aufl. § 850 IV 2, ROLG. Bd. 5 S. 454, Bd. 17 S. 340, SeuffBl. 15. Erg.-Bd. S. 225, Meyer, Beschlagnahme, 4. Aufl. S. 120, BayZfR. Bd. 1 S. 159, andrerseits für Verneinung Seuff. ZPO., 11. Aufl. § 850 Anm. 13a, Staudinger BGB., 7./8. Aufl. Bem. 5e zu § 1709, Bem. 14e zu § 1708, Hein, HB. ZwB. § 21, 2 (S. 355), Falkmann, ZwB., 2. Aufl. S. 787, OLG. München in SeuffA. Bd. 69 Nr. 22. Das Teilurteil stellt allerdings nur einen erbweisen Uebergang der Forderung fest; gleichwohl scheidet die Frage hier aus, ob der Erstrichter die Teilforderung zu 26 *M* im Hinblick auf § 1709 Abs. 2 BGB. mit Recht als bevorrechtet i. S. des § 4a LohnBG. erachtet hat und ob bei Anwendung des § 1709 Abs. 2 seiner Rechtsanschauung beizutreten wäre. Denn einerseits ist die Kindsmutter durch diese Entscheidung des Erstrichters nicht beschwert, andererseits wäre eine Aenderung zuungunsten der Beschwerdeführerin nicht statthaft, da der Schuldner den landgerichtlichen Beschluß nicht angefochten hat. Die Restforderung zu 34 *M* aber kann die Klagepartei auf Grund des Teilurteils zweifellos nur als erbweise auf sie übergegangen geltend machen. Der Senat schließt sich nun der von Seuffert, Falkmann, Hein und Staudinger vertretenen Auffassung an, wonach solche Forderungen die Eigenschaft der Unterhaltsforderung entweder ganz verlieren oder doch wenigstens der Begünstigung des § 4a LohnBG. entbehren. Für letzteres spricht der Zweck des § 4a, durch den die eines besonderen Schutzes bedürftigen unehelichen Kinder außerordentlich gesichert werden sollen. Mit dem Tode des Kindes entfällt dieser Zweck; alsdann besteht kein Grund mehr, dessen Verwandten, auch wenn sie unterhaltspflichtig sind und aus eigenen Mitteln Unterhalt gewährt haben, für die ihnen im Erbwege zugefallenen Unterhaltsansprüche des Kindes das gleiche Vorrecht zu gewähren, wie es diesem selbst zugestanden hätte. Diese Auffassung hat der Senat schon in seinem Beschlusse vom 15. März 1913 (SeuffA. Bd. 69 Nr. 22) vertreten, bei dem es sich allerdings um die Auslegung des § 850 Abs. 4 ZPO. handelte; diese trifft aber auch auf § 4a LohnBG. zu, da beide Bestimmungen gleichlauten und den gleichen Zweck verfolgen. Hiernach ist auch die Berufung der Klagepartei auf § 4a LohnBG. und § 760 Abs. 3 BGB. hinsichtlich der Teilforderung zu 34 *M* unbehelflich. Dagegen ist ihre Beschwerde insoferne begründet, als das LG. nicht geprüft hat, ob die Lohnforderung des Beklagten nicht zugunsten dieser Restforderung der Pfändung nach § 4 Nr. 4 LohnBG. unterliegt, nämlich insoweit sie die Summe von 1500 *M* übersteigt. Der Beklagte bezieht einen Wochenlohn von 29,04 *M*. Für ein Jahr berechnet sich seine Vergütung also auf 52 × 29,04 *M* = 1510,08 *M*, so daß sich ein nach § 4 Nr. 4 pfändbarer Ueberschuß von 10,08 *M* ergibt.

Dieser und ein etwa für die Zukunft sich noch erhöhender Ueberschuß unterliegen der Pfändung zugunsten des Restbetrages von 34 M, selbstverständlich, soweit er sich bei dem Vollzuge der Pfändung zugunsten der 26 M noch tatsächlich ergibt. (Beschl. vom 28. März 1914, Beschw.-Reg. Nr. 202/14). N.

3408

Bücheranzeigen.

Die Kriegsgesetze vom August 1914 mit den einschlägigen Vorschriften des Bundesrats und Bayerns. Schweitzers Textausgaben. 1914. München, Berlin und Leipzig, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Preis brosch. Mk. 1.20.

Das Büchlein enthält in erster Linie die durch den Krieg veranlaßten Gesetze und Bundesratsbekanntmachungen, welche die Rechtspflege betreffen, und die dazu ergangenen J. M. Bekanntmachungen vom 16. und 22. August d. Jhrs. (letztere im Nachtrag). Es folgen die übrigen gesetzgeberischen Maßnahmen aus Anlaß des Krieges wie die Gesetze betr. die Aenderung des Münzgesetzes, des Bankgesetzes usw.; ausgeschieden sind die Gesetze rein militärischer Natur und ferner solche, die Ermächtigungen für den Bundesrat enthalten, von denen er noch nicht Gebrauch gemacht hat, ferner das Gesetz betr. vorübergehende Einfuhrerleichterungen samt Nachträgen und Ausführungsbestimmungen. Als Anhang ist eine Abhandlung von Rechtsanwalt Dr. Wassermann in München beigefügt über „Die Ausgestaltung der privatrechtlichen Verhältnisse durch den Krieg".

Das handliche Büchlein kommt ohne Zweifel einem wirklichen Bedürfnis entgegen und wird gewiß viele Abnehmer finden. —t.

Jolas Heinrich, K. Regierungsrat, und **Knoll Franz**, K. Major. **A. Regers Militärdienstgesetzgebung des Deutschen Reiches.** Mit den für das Reich und das Königreich Bayern gültigen Vollzugsbestimmungen (Wehrordnung und Heerordnung). 4. Aufl. Ansbach, Brügel & Sohn, 1914. Gebd. Mk. 7.—.

Gerade zur rechten Stunde ist die neue Auflage des Buches erschienen, das allen mit dem Heeresersatz befaßten Personen und Behörden unentbehrlich und schon von seinen früheren Auflagen her überall aufs beste eingeführt ist. Ein Anhangbändchen mit den wichtigsten ministeriellen Vollzugsentschließungen wird folgen; es wird auch die einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen mit Erläuterungen enthalten. E.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Die amtlichen Blätter haben in der letzten Zeit so viel Neues gebracht, daß wir heute hier nicht auf alles eingehen können.

Das Reichsgesetzblatt enthält in Nr. 67 die **Bekanntmachung des Bundesrats vom 29. August 1914 betr. die weitere Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts.**[1]) Sie setzt in § 1 an die Stelle der in § 1 Abs. 1 des ErmächtigungsG. vom 4. August 1914 (RGBl. S. 327) bestimmten Frist von 6 Werktagen eine Frist von 2 Wochen und verlängert in § 2 die 30 tägige Fristverlängerung, die in der Bek. vom 6. August 1914 (RGBl. S. 357) vorgesehen ist, für bestimmte Bezirke des Reiches, die besonders unter dem Kriege leiden, um weitere 30 Tage.

Wie ist die 30tägige Frist der Bek. vom 6. August zu berechnen?

1. Sind nur solche Tage zu zählen, an denen die Protesthandlung vorgenommen werden kann, Sonntage und allgemeine Feiertage also nicht mitzurechnen, oder zählen diese mit? Für die letztere Annahme spricht entschieden die Verschiedenheit der Ausdrucksweise in § 1 des Ges. vom 4. August und der Bek. vom 6. August — dort ist von 6 Werktagen, hier von 30 Tagen die Rede — und die Bek. vom 29. August ist jedenfalls geeignet diesen Grund eher zu verstärken als abzuschwächen: wie bei der von ihr in § 1 neu bestimmten Frist von 2 Wochen, so werden auch bei den 30 Tagen des § 2 und des § 1 der Bek. vom 6. August die Sonn- und Feiertage mitzuzählen sein.

2. Hat der Wechselprotest mangels Zahlung spätestens am 32. Tage nach dem Zahlungstage zu geschehen oder ist zunächst die ordnungsmäßige Protestfrist der WO. und erst von ihrem Ende, dem 2. Werktag nach dem Zahlungstag an die 30tägige Verlängerung zu berechnen? Es leuchtet ein, daß die Frist nach der ersteren Berechnungsweise bei Mitzählung der Sonn- und Feiertage unter Umständen früher endigt als nach der letzteren. Mag diese auch der Fassung der Bekanntmachung ohne Zweifel besser entsprechen als jene, so ist die Rechtslage doch nicht sicher. Wer sich und andere vor Schaden hüten will, wird jedenfalls gut tun, bei den Fragen unter 1. und 2. mit der Auslegung zu rechnen, die zu einem früheren Ende der Frist führt: es wäre also spätestens am 32. Tage nach dem Zahlungstag und, wenn der 32. Tag auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fallen sollte, spätestens am nächsten Werktag zu protestieren.

§ 1 des ErmächtigungsG. sowohl wie § 1 der Bek. vom 6. August und § 2 der Bek. vom 29. August sprechen von einer „Handlung, deren es zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts oder des Regreßrechts aus dem Scheck bedarf." Als solche Handlung käme an und für sich auch die Benachrichtigung der Regreßpflichtigen von der Nichtzahlung des Wechsels oder des Schecks in Betracht (Art. 45 WO., § 17 ScheckG.; JMBl. vom 16. August 1914, B. VI. 1. letzter Abs., JMBl. S. 167); allein auf die Frist für diese Benachrichtigung soll die Fristverlängerung der Bek. vom 6. August und des § 2 der Bek. vom 29. August, wie § 3 der letzteren bestimmt, nicht angewendet werden.

Aus dem GVBl. seien heute nur zwei wichtige Gesetze hervorgehoben. Das **Gesetz vom 21. August 1914 über Aenderungen im Gebührenwesen** (GVBl. S. 487) setzt vom 1. Januar 1915 ab an die Stelle des geltenden Gebührengesetzes ein Kostengesetz und ein Stempelgesetz und an die Stelle der Gebühren nach Art. 1 und 5 des Besitzveränderungsabgabengesetzes vom 14. August 1910, Stempelersatzabgaben und Stempel nach dem Stempelgesetz; einzelne Bestimmungen des geltenden Gebührengesetzes bleiben in Kraft. Wir werden, wenn möglich, vor dem Inkrafttreten des Gesetzes noch näher darauf zurückkommen, ebenso auch auf das neue **Armengesetz vom 21. August 1914** (GVBl. S. 551), das in seinen Bestimmungen über den armenpolizeilichen Arbeitszwang eine wichtige Neuerung in unser Recht bringt und in seinem zweiten Abschnitt eine Reihe von Gesetzen — u. a. auch das Zwangserziehungsgesetz — teilweise in sehr einschneidender Weise ändert.

[1]) Vgl. dazu auch BRBek. vom 8. September 1914 (RGBl. S. 399).

Verantwortl. Herausgeber i. V.: E. Eckert, Landgerichtsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 19. München, den 10. Oktober 1914. 10. Jahrg.

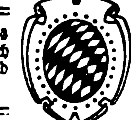
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Einfluß des Krieges auf Rechte und Verbindlichkeiten des Bürgerlichen Rechts.

Von Reichsgerichtsrat **Karl Mansfeld**.

In den Tageszeitungen ist mit Recht wiederholt darauf hingewiesen und auch in der vorletzten Nummer der JW. (1914 S. 798 f.) ist betont worden, daß grundsätzlich der Krieg keinen Einfluß hat auf die durch das Bürgerliche Recht gegebenen Rechte und Pflichten. Das gilt sowohl für die beim Kriegsbeginn bestehenden als für die zur Kriegszeit begründeten Rechte und Verbindlichkeiten.

Durch die wegen des Krieges erlassenen Notgesetze und auf Grund des Ermächtigungsgesetzes (RGBl. S. 327) ergangenen Verordnungen des Bundesrats ist in gewissem Umfange die Durchführung der Rechte aus solchen Rechtsverhältnissen gehemmt, die Fälligkeit der Verbindlichkeiten hinausgeschoben, der Gefahr des Verlustes von Rechten vorgebeugt. Der Krieg als solcher hat an dem Bestande der Rechtsverhältnisse nichts verändert. Er kommt für den Bestand und Inhalt der Rechtsverhältnisse nur soweit in Betracht, als er einen Tatbestand zu schaffen oder darzustellen vermag, der sich auch aus anderen Ereignissen und Umständen ergeben kann. Wie andere Geschehnisse, so kann auch der Krieg die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen und ein wichtiger Grund zu fristloser Lösung eines Rechtsverhältnisses sein. Der Krieg ändert nichts am objektiven Erb- und Familienrecht, aber er hat im Gefolge den Tod so manches Tapferen, und jeder Todesfall ist ein Erbfall und löst familienrechtliche Verhältnisse. Der Krieg berührt nicht die dinglichen Rechte, aber ein Kriegsereignis kann ihren Untergang herbeiführen, wenn es ihren Gegenstand vernichtet. So läßt der Krieg auch die Schuldverhältnisse unberührt, er kann aber zur Vernichtung des geschuldeten Gegenstandes oder der zu seiner Herstellung nötigen Kräfte, Fähigkeiten und Werkzeuge führen. Diese Vernichtung kann die Leistung unmöglich und den Schuldner von der Leistungspflicht frei machen.

Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, handelt es sich insbesondere um eine Geldschuld, so wird der Schuldner nicht frei, solange die Leistung aus der Gattung noch möglich ist (§ 279 BGB.). Es befreit den Schuldner nicht von der Leistungspflicht, daß der Feind die Scheune niedergebrannt hat, die den geschuldeten Hafer barg, oder all sein Geld weggenommen hat. Wohl aber wird er von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung der bestimmten einzelnen Sache durch ein Kriegsereignis unmöglich wird, das er nicht zu vertreten hat (§ 275 BGB.). Das mangelnde Verschulden wird die Regel bilden, freilich kann die den Untergang der geschuldeten Sache herbeiführende feindliche Maßregel auch vom Schuldner, z. B. durch eine völkerrechtswidrige Handlung, schuldhaft veranlaßt sein. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, dann haftet er dem Gläubiger gemäß § 280 BGB. auf Schadensersatz.

Wird der Schuldner frei, so verliert er beim gegenseitigen Vertrage nach § 323 BGB. den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn auch den anderen Vertragsteil an dem Untergang des geschuldeten Gegenstandes durch das Kriegsereignis kein Verschulden trifft.

Das gilt für alle Verträge, bei denen Verschaffung des Eigentums, des Gebrauchs oder der Nutzung des Gegenstandes den Inhalt der Leistung bildet. Es ist Tatfrage, ob im Einzelfalle die Leistung unmöglich ist. Der Verkäufer des Pferdes wird nicht ohne weiteres frei, wenn Ausmusterung der Pferde zur Aushebung angeordnet ist. Die Gewährung des Pachtlandes wird nachträglich unmöglich, wenn aus Kriegsgründen das Land unter Wasser gesetzt ist. Der Vermieter

kann die Mietwohnung nicht zur Verfügung halten, wenn eine Feuersbrunst im Kriege das Haus zerstört. Die Leistung aus dem Werkvertrage ist dem Maler, der sich verpflichtet hatte, ein Gemälde herzustellen, unmöglich, wenn er im Kriege den rechten Arm oder das Augenlicht verloren hat.

Ist aber die Leistung des Vermieters möglich, die Wohnung zur Aufnahme des Mieters bereit, so wird dieser von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch frei, daß er zur Fahne einberufen wird (§ 552 BGB.). Und auch hinsichtlich der etwaigen Nebenleistungen des Mieters, z. B. Reinigung und Beleuchtung der Treppen, liegt eine befreiende Unmöglichkeit nicht vor.

Beim Dienstvertrage kann von einer Unmöglichkeit der Leistung des Dienstberechtigten, soweit sie in der Zahlung der Vergütung besteht, schon nach dem Grundsatze des § 279 nicht die Rede sein. Auch die Fürsorgepflicht aus § 618 BGB. zu erfüllen, wird dem Dienstberechtigten regelmäßig nicht durch seine Einziehung zum Kriegsdienst unmöglich, soweit die Erfüllung nicht etwa durch ihn persönlich zu erfolgen hat. Der Dienstberechtigte ist nach dem Dienstvertrage unter Umständen verpflichtet, dem Dienstverpflichteten Gelegenheit zur Leistung seiner Dienste zu geben, z. B. in gewissen Fällen der Theaterunternehmer dem Schauspieler. Für die Erfüllung dieser Verpflichtung kann der Krieg leicht eine Unmöglichkeit begründen. Mit der Beschäftigungsmöglichkeit fallen dann auch die Notwendigkeit und die Möglichkeit der Fürsorge nach § 618, nicht aber die Möglichkeit der Zahlung. Aus dem Gesichtspunkte der Unmöglichkeit der Leistung kann also die Zahlung der Vergütung nicht verweigert werden.

Die Unmöglichkeit der Dienstleistung des Dienstverpflichteten infolge der Einberufung ist bewirkt durch einen Umstand, den keiner der Vertragsteile zu vertreten hat. Der Dienstberechtigte würde dabei allgemeinem Grundsatze nach (§ 323) den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren. Er geht dieses Anspruchs aber gemäß § 616 BGB. nicht dadurch verlustig, daß er „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ durch einen in seiner Person liegenden Grund, nämlich durch die Kriegsdienstleistung, ohne sein Verschulden an der Leistung der vertragsmäßigen Dienste verhindert ist. Ob die Voraussetzung der verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit vorhanden ist, wird mit besonderem Wohlwollen geprüft werden müssen. Die bisherigen glänzenden Erfolge unserer Waffen lassen die Erwartung einer schnellen siegreichen Beendigung dieses Krieges als nicht vermessen erscheinen. Jedenfalls muß hier eine Auslegung des Dienstvertrages nach § 157 BGB. dem einen wie dem anderen Teile gerecht zu werden suchen.

Der Dienstverpflichtete ist also von der — unmöglichen — Leistung frei. Es fragt sich aber, ob die Einberufung zum Kriegsdienst ihm das Recht gibt, das Dienstverhältnis aufzulösen, dergestalt, daß er auch nach Beendigung des Krieges den Dienst nicht wieder aufzunehmen braucht. Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§§ 626 BGB., 133c GewO., 70 HGB.). Ohne weiteres wird sich nicht sagen lassen, daß für den Dienstverpflichteten seine Einberufung einen solchen wichtigen Grund darstellt. Doch kommt es auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles an. Von größerer Bedeutung ist die Frage, ob für den Dienst**berechtigten** seine eigene Einberufung oder die des Dienstverpflichteten ein wichtiger Grund zu fristloser Kündigung ist. Auch hier ist die jeweilige Sachlage entscheidend. Einer rücksichtslosen Ausnutzung der durch den Krieg geschaffenen Verhältnisse wird auch hier durch Vertragsauslegung, besondere Betonung des § 616 BGB., gegebenenfalls dessen, was die Rücksichtnahme auf die guten Sitten erfordert, begegnet werden können. Wird der Dienstberechtigte selbst als kriegsdienstpflichtig eingezogen, so ergibt sich daraus ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB. regelmäßig dann, wenn die Dienste seiner Person unmittelbar zu leisten waren (Barbier, Privatsekretär). Waren sie zu leisten für seinen Handels- oder Gewerbebetrieb, so kommt es auf dessen Umfang und Einrichtung an. Steht so zu sagen der ganze Betrieb auf den Augen des Dienstberechtigten, ist eine Vertretung überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Opfern zu beschaffen und ohne solche Vertretung die Fortsetzung des Betriebes untunlich oder völlig unwirtschaftlich, dann wird der wichtige Grund kaum verneint werden können. Außer der Einberufung zum Kriegsdienste gibt es natürlich auch andere durch den Krieg hervorgerufene Umstände, die als wichtige Gründe in Betracht kommen.

Was von dem Dienstvertrage gilt, das findet entsprechende Anwendung überall da, wo sonst die Gesetzgebung einen Widerruf, Rücktritt oder die Auflösung eines Rechtsverhältnisses bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes zuläßt (z. B. §§ 92, 117 HGB.; 27, 712, 723 BGB.).

Das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse.

Von Staatsanwalt **Hahn** in München.

(Schluß).

Die Eigenart der Spionageverbrechen bringt es mit sich, daß diese in der Regel von langer Hand vorbereitet werden, ehe der Täter bestimmte Ausführungshandlungen vornimmt. Andererseits ist es um der Sicherheit des Reiches willen geboten, auf Spionage gerichtete Bestrebungen tunlichst im Keime zu ersticken.



Der Vorschlag des Entwurfs, wie in § 86 StGB. beim hochverräterischen Unternehmen, Spionageverbrechen vorbereitende Handlungen jeder Art mit Strafe zu bedrohen, ist nicht Gesetz geworden. Der in der Kommission unternommene Versuch einer kasuistischen Regelung der Bestrafung vorbereitender Handlungen mißlang.

Wohl aber enthält das Gesetz mehrere Bestimmungen, die dem Zweck dienen sollen, auf Spionage abzielende Unternehmen schon in ihren ersten Anfängen zu hindern.

Mit Strafe bedroht ist die Verabredung des Verbrechens des Verrates und der Ausspähung in Verratsabsicht (§ 5). Dabei erstreckt sich die Strafdrohung, entsprechend der Ausdehnung des Tatbestands des Verrats auf geheim zu haltende Nachrichten, auch auf die Verabredung des Verrats von solchen, und gilt nicht nur wie bisher für Verabredung des Verrats geheim zu haltender Gegenstände.

Straflos bleibt der an der Verabredung Beteiligte, der freiwillig bei der Behörde Anzeige erstattet zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des verabredeten Verbrechens noch möglich ist. Das Gesetz bezeichnet „die Behörde" nicht näher; es ist darunter eine solche zu verstehen, die — wie Polizei oder Staatsanwaltschaft — zur Verfolgung der strafbaren Handlung berufen ist. Nur der in der Form der Anzeige erfolgte freiwillige Rücktritt gewährt Straffreiheit. Diese aber ist auch für den Fall der durch ihn erstatteten Anzeige ausgeschlossen für den, der den anderen zu der Verabredung vorsätzlich bestimmt hat.

Der Versuch einer Verabredung ist nicht strafbar.

Wer vorsätzlich Beziehungen anknüpft oder unterhält, welche die Mitteilung wegen der Landesverteidigung geheim zu haltender Gegenstände und Nachrichten zum Gegenstande haben, wird bestraft (§ 6).

Durch diese, gegenüber dem Gesetz von 1893 neue Bestimmung soll dem Unternehmen des Verrats entgegengewirkt und insbesondere in den häufigen Fällen die Möglichkeit, mit Strafe vorzugehen, erschlossen werden, in denen ein der Spionage Verdächtiger behauptet, daß sein Erbieten zu Verrat und Ausspähung nicht ernstlich gemeint, und daß es ihm nur darum zu tun war, unter der Vorspiegelung solchen Erbietens sich einen Gelderwerb zu verschaffen.

Es handelt sich, wie im Gesetz ausdrücklich betont ist, um ein vorsätzliches Delikt. Der Täter muß Kenntnis davon haben, daß wegen der Landesverteidigung geheim zu haltende Gegenstände und Nachrichten in Frage stehen und daß die Person, mit der er Beziehungen anknüpft oder unterhält, ein Mittelsmann einer ausländischen Regierung ist.

Gegenstand, nicht Zweck der angeknüpften Beziehungen muß die Mitteilung der bezeichneten Art sein.

Welche Zwecke der Täter damit verfolgt, ob den Zweck des Gelderwerbs oder den des Verrats, ist für die Strafbarkeit der Beziehungen zunächst belanglos. Verfolgt er den Zweck des Verrats, so wird das Anknüpfen oder Unterhalten der Beziehungen häufig einen Versuch zum Verbrechen des Verrats bilden und als solcher zu bestrafen sein.

Zum Tatbestand ist nicht erforderlich ein Zusammenhang der Beziehungen mit einem bestimmten Spionageverbrechen. Anknüpfen und Unterhalten der Beziehungen fallen daher auch nicht unter den Begriff der vorbereitenden Handlungen.

Die gleiche Strafdrohung sieht das Gesetz vor für den Mittelsmann der ausländischen Regierung selbst, der mit einem anderen Beziehungen der bezeichneten Art anknüpft oder unterhält.

Den Zweck, den Spionageunternehmen schon in ihren ersten Anfängen entgegen zu wirken, verfolgt auch die in das Gesetz neu aufgenommene Strafbestimmung gegen Personen, welche an militärisch wichtigen Orten zuständigen Behörden, Beamten oder Militärpersonen gegenüber unrichtige Angaben über ihre Personalien machen oder die Angabe verweigern (§ 7).

Die Handlung muß vorsätzlich verübt sein; darnach wird insbesondere auch die Kenntnis des Täters verlangt, daß es sich um den Aufenthalt an einem der vom Gesetz besonders geschützten Orte handelt.

Nur objektive Voraussetzung ist die Zuständigkeit der fragenden Behörde usw.

Weitere Voraussetzung ist, daß nach den Umständen anzunehmen ist, der Aufenthalt an dem Orte oder die unrichtige Angabe oder die Verweigerung der Angabe hänge mit Zwecken des Verrats und der Ausspähung in Verratsabsicht zusammen.

Mit dieser Strafdrohung sollen betroffen werden namentlich Agenten des Auslands, die sich an militärisch wichtigen Orten aufhalten und sich bemühen, die Behörden über ihre Persönlichkeit irre zu führen.

Als durch die Strafdrohung besonders geschützte Orte kommen in Frage Festungen, d. h. die Befestigungsanlagen sowohl als der ganze befestigte Platz, das Wassergebiet der Reichskriegshäfen, alle Gewässer, welche der Hoheit des Reichs oder eines Bundesstaates unterstehen, einschließlich der Küstengewässer — deutsche Hoheitsgewässer —, ferner die Schiffe der Kaiserlichen Marine und alle Anlagen, die im Eigentum einer deutschen Militärverwaltung stehen, endlich die amtlich bekannt gemachten Sicherungsbereiche einer Festung, eines Reichskriegshafens und einer militärischen Anlage sowie gewerbliche Anlagen, in denen Gegenstände für die Bedürfnisse der inländischen Kriegsmacht hergestellt, ausgebessert oder verwahrt werden.



Sofern ein Zusammenhang der falschen Angabe mit einem Spionageverbrechen nicht anzunehmen ist, ist sie gemäß § 360 Nr. 8 StGB. als Uebertretung strafbar. Straflos bleibt in solchem Falle die Verweigerung von Angaben.

Aus dem Gesetz von 1893 ist die Uebertretungsvorschrift des Verbots unbefugten Betretens bestimmter Orte unter Erweiterung auf militärische Anlagen jeder Art übernommen. Als Uebertretung ist mit Strafe ferner bedroht die Nichtbefolgung der Vorschriften über Aufenthaltsmeldungen in militärisch wichtigen Plätzen. Das Verbot von Aufnahmen militärisch wichtiger Gegenstände und von Veröffentlichungen solcher Aufnahmen wurde unter Aufhebung des § 360 Nr. 1 RStGB. in das Gesetz aufgenommen und dabei der Schutz, der bisher nur Festungen und einzelnen Festungswerken zukam, auch auf bestimmte andere militärische Anlagen ausgedehnt. Aufnahmen und Veröffentlichungen können eingezogen werden ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht.

Das Gesetz enthält die Festsetzung der Anzeigepflicht in Beziehung auf die Verbrechen des Verrats und der Ausspähung in Verratsabsicht (§ 9). Die im geltenden Recht umstrittene Frage, ob nur die vorsätzliche oder auch die fahrlässige Verletzung der Anzeigepflicht (§ 9 des Ges. von 1893, § 139 RStGB.) strafbar sei, ist dahin entschieden, daß nur erstere mit Strafe bedroht ist. Eine Bestimmung, bei welcher Behörde die Anzeige zu erfolgen hat, trifft das Gesetz nicht; sie hat zu geschehen bei einer zur Verhütung und Verfolgung strafbarer Handlungen berufenen Behörde.

Neu ist im Gesetz der Ausschluß der Anzeigepflicht in zwei Fällen, in denen ihre Erfüllung einen besonderen Pflichten- und Gewissenskonflikt bedingen würde; sie besteht nicht, wenn die Anzeige erstattet werden müßte gegen einen Angehörigen oder von einem Geistlichen in Ansehung dessen, was ihm bei Ausübung der Seelsorge, nicht etwa nur unter dem Beichtgeheimnis, anvertraut wurde. Der Begriff „Angehörige", der im Gesetz nicht ausdrücklich umschrieben ist, bemißt sich nach § 52 Abs. 2 RStGB.

Die Reichssicherheit wird häufig durch Veröffentlichungen gefährdet und geschädigt, die sich auf militärische Maßnahmen oder auf Untersuchungen wegen Spionagehandlungen beziehen. Das Gesetz enthält zwei Bestimmungen, welche durch Strafdrohung diesen Veröffentlichungen entgegenwirken wollen (§§ 10 und 11).

Die eine ist dem Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874 (§§ 15, 18 Nr. 1) entnommen. Dessen Verbot von Veröffentlichungen über militärische Maßnahmen während eines Krieges oder bei drohender Kriegsgefahr sind nunmehr in das Spionagegesetz eingearbeitet, wobei der Tatbestand in der Art erweitert wurde, daß nicht nur Nachrichten über Truppenbewegungen und über Verteidigungsmittel, sondern auch solche über Schiffsbewegungen verboten sind. In Abweichung von den bisherigen Bestimmungen des Preßgesetzes ist die Uebertretung des Veröffentlichungsverbots nicht nur dann strafbar, wenn dieses vom Reichskanzler durch öffentliche Bekanntmachung zur allgemeinen Kenntnis gebracht, sondern wenn es nur auf irgendeine Weise den Beteiligten bekannt gegeben war. Dadurch, daß das Gesetz nur die vorsätzliche Veröffentlichung mit Strafe bedroht, ist ausgedrückt, daß der Täter das Bewußtsein gehabt haben muß, einem Verbot des Reichskanzlers zuwider zu handeln.

Die zweite Vorschrift des Gesetzes, die sich gegen unzeitgemäße Veröffentlichungen wendet, schafft neues Recht: weil häufig Untersuchungen wegen Spionagehandlungen durch vorzeitige Veröffentlichungen erschwert und beeinträchtigt werden, ist es verboten, über schwebende amtliche Ermittelungen wegen eines Verbrechens oder Vergehens gegen das Gesetz ohne Erlaubnis der die Ermittelungen leitenden Behörde Mitteilungen in die Oeffentlichkeit zu bringen. Das Verbot richtet sich jeweils gegen die erste Veröffentlichung einer Mitteilung, nicht gegen deren spätere Wiederholung (Nachdruck). Strafbar ist, wer vorsätzlich handelt, mit dem Bewußtsein, ohne behördliche Erlaubnis Nachrichten über schwebende amtliche Ermittelungen der bezeichneten Art zu veröffentlichen.

Nach der Eröffnung des gerichtlichen Hauptverfahrens, im militärgerichtlichen Verfahren nach der Verfügung der Anklage, sind Veröffentlichungen nicht mehr verboten.

Wesentliche Aenderungen bringt das Gesetz hinsichtlich der Strafdrohungen. Zunächst wurde die Ungleichheit des bisherigen Gesetzes beseitigt, wonach wohl beim Verrat, nicht aber bei der Ausspähung die Annahme mildernder Umstände zulässig war; sie ist nunmehr auch für das Verbrechen der letzteren Art vorgesehen. Auch im Falle der Verabredung von Verrat und Ausspähung ist nun die Annahme mildernder Umstände zulässig. Festungshaft als Strafe ist nur mehr vorgesehen bei vorsätzlicher Preisgabe geheimer Gegenstände ohne den Vorsatz, die Sicherheit des Reichs zu gefährden (§ 2), bei Ausspähung ohne Verratsabsicht (§ 4), bei fahrlässiger Preisgabe von geheimen Gegenständen (§ 8) und bei verbotswidrigen Veröffentlichungen (§§ 10 und 11); sie ist ausgeschlossen beim Verbrechen des Verrats.

Erhöht wurde die Mindeststrafe bei Verrat, begangen unter mildernden Umständen, und beim Vergehen der Verabredung von Verrat und Ausspähung, sowie das Maß der Geldstrafe bei fahrlässiger Preisgabe.

Beim Verbrechen des erschwerten Verrats mit

der Folge eines schweren Schadens kann auf lebenslanges Zuchthaus erkannt werden.

Neben den Freiheitsstrafen ist für Verrat und Ausspähung in Verratsabsicht fakultativ Geldstrafe bis zu fünfzigtausend Mark, bei mildernden Umständen bis zu fünfundzwanzigtausend Mark, für die im Gesetz aufgeführten Vergehen, abgesehen von dem der falschen Angaben, der Verletzung der Anzeigepflicht und der verbotenen Veröffentlichungen solche bis zu fünftausend Mark angedroht (§ 13).

Ausländer, die wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlichen Vergehens gegen das Gesetz zu einer Freiheitsstrafe verurteilt sind, können nach deren Verbüßung von der Landespolizeibehörde aus dem Reichsgebiet ausgewiesen werden, auch wenn auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht nicht erkannt ist (§ 14; § 39 Z. 2 StGB.).

Dem § 335 RStGB. nachgebildet ist die Bestimmung, wonach für den Fall, daß der Täter für die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens Entgelt erhielt, das Empfangene oder dessen Wert in dem Urteil für dem Staate verfallen zu erklären ist.

Soweit Spionagehandlungen gegen das Deutsche Reich im Ausland verübt werden, richten sich die Strafdrohungen des Gesetzes — entgegen den Vorschlägen des Entwurfs — nicht gegen Ausländer, sondern nur gegen Deutsche: die Vorschrift des § 4 Abs. 2 Nr. 2 RStGB. ist für anwendbar erklärt in Beziehung auf die Verbrechen des Verrats und der Ausspähung in Verratsabsicht und auf die Vergehen der Verabredung dieser Straftaten, des Anknüpfens und Unterhaltens von Beziehungen mit dem Ausland und der fahrlässigen Preisgabe geheimer Gegenstände (§ 16).

In strafprozessualer Hinsicht bringt das Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts die Bestimmung, daß unter Aufrechthaltung der Zuständigkeit des Reichgerichts für erst- und letztinstanzielle Untersuchung und Entscheidung bei den Verbrechen des Verrats und der Ausspähung das Hauptverfahren ausschließlich vor dem zweiten Senat — nicht wie bisher vor dem vereinigten zweiten und dritten Senat — stattfindet. Die gerichtlichen Entscheidungen bis zum Beschluß über Eröffnung des Hauptverfahrens einschließlich verbleiben bei dem ersten Senat (§ 18; §§ 136 Nr. 1, 138 GVG.).

Aufgehoben sind durch das Gesetz § 360 Nr. 1 RStGB., § 15 des Reichs-Preßgesetzes und das Gesetz von 1893 mit Ausnahme des § 11 (§§ 89 und 90 RStGB.). Gemäß § 12 Nr. 3 fallen in § 360 Abs. 2 StGB. die Zahl „1" und die Worte „der Risse von Festungen und Festungswerken" weg, desgl. gemäß § 10 in § 18 Nr. 2 des Preßgesetzes die Zahl „15".

Wohnsitz, Wohnung und Geschäftslokal der Militärpersonen während des Krieges.

Von Landgerichtsrat **Joseph Schiedermair** in München.

1. Den Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage nach dem Wohnsitz bildet der § 9 BGB. Er bestimmt: „Abs. 1: Eine Militärperson hat ihren Wohnsitz am Garnisonort. Als Wohnsitz einer Militärperson, deren Truppenteil im Inlande keinen Garnisonort hat, gilt der letzte inländische Wohnsitz des Truppenteils. Abs. 2: Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Militärpersonen, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder die nicht selbständig einen Wohnsitz begründen können."

Dieser gesetzliche Wohnsitz des Garnisonortes gilt demnach a) nur für Militärpersonen. Militärpersonen sind nur die Personen des Soldatenstands und die Militärbeamten, die zum Heer oder zur Marine gehören, deshalb insbesondere auch die Kriegsgerichtsräte und die Militärärzte, nicht aber die Zivilbeamten der Militärverwaltung. Eine Aufzählung der Militärpersonen enthält die Anl. 1 zum MStGB. Die Abgrenzung des Begriffs der „Kriegsteilnehmer" in § 2 des Ges. vom 4. August 1914 (RGBl. 328), betr. den Schutz der infolge des Kriegs an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen, ist für die Abgrenzung des Begriffs der Militärpersonen bedeutungslos.

b) Der Wohnsitz des Garnisonortes gilt aber nicht für solche Militärpersonen, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen. Daß die Offiziere, Unteroffizierskapitulanten, Militärärzte und Militärbeamten, die dem stehenden Heer schon in Friedenszeiten angehören, auch, wenn es zum Kriege kommt, nicht bloß zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen, wird sich nicht bezweifeln lassen. Wie ist es aber mit den Personen, die erst infolge der Mobilmachung in den Dienst treten, sei es auf Grund einer Berufung, sei es freiwillig? Die Ansichten sind geteilt. Es wird angenommen, daß der Wohnsitz des Garnisonorts schlechthin gegeben sei für alle zum Heer oder zur Marine einberufenen oder freiwillig eintretenden Mannschaften, Offiziere, Aerzte und Militärbeamten, so u. a. RGKomm. zum BGB. § 9 Anm. 1; eine andere Ansicht will ihn dagegen für die in Kriegszeiten freiwillig eintretenden Offiziere, Aerzte, Militärbeamten und Mannschaften, die weder zum Friedens- noch zum Beurlaubtenstand gehören, nicht gelten lassen, weil es sich bei diesen nur um eine vorübergehende Dienstleistung handle; so Planck BGB. § 9 Anm. 4. Eine dritte Ansicht endlich erachtet den Wohnsitz des Garnisonorts für die zum Kriegsdienst Eingezogenen überhaupt nicht als anwendbar.

Die Frage wird sich nicht in der Weise lösen lassen, daß man den Begriff „Erfüllung der Wehrpflicht" aus den Militärgesetzen und den hierzu ergangenen Vollzugsvorschriften

ableitet und das Ergebnis auch für § 9 BGB. anwendet. Ein jeder Versuch, mit diesem Begriff, für dessen Abgrenzung in erster Linie §§ 4 und 5 der Wehrordnung maßgebend wären, an die Auslegung des § 9 BGB. zu gehen, zeigt dessen Unverwertbarkeit; er hat in den Militärgesetzen eine für militärische Zwecke erforderliche, dem Gedanken des § 9 BGB. aber nicht entsprechende Einzelausgestaltung erfahren. Was man im Sinne des § 9 BGB. unter der Erfüllung der Wehrpflicht zu verstehen hat, ist aus dem Zwecke des § 9 BGB. selbst abzuleiten. Der Grundgedanke der in § 9 Abs. 1 und 2 aufgestellten Unterscheidung wird aber weniger, wie für die Regel angenommen wird, darin zu erblicken sein, daß der Wohnsitz nicht durch eine „vorübergehende Dienstleistung" beeinflußt sein soll, sondern in dem Gegensatz zwischen dem berufsmäßigen und dem nicht berufsmäßigen Militärdienst. Wer in Friedenszeiten einer drei- oder zweijährigen Dienstpflicht genügt, hält sich doch nicht bloß „vorübergehend" im Garnisonsorte auf, sondern eine sehr erhebliche Zeit, und doch besteht Einigkeit, daß hierdurch der Wohnsitz des Garnisonorts nicht begründet wird. Stellt man die Entscheidung auf die Frage ab, ob ein vorübergehendes Verhältnis vorliegt, so wird man eine Grundlage für die Beurteilung des Einflusses eines Krieges überhaupt nicht finden können; denn wer kann sagen, wie lang er dauert. Das charakterische Merkmal des Wohnsitzbegriffes war schon nach gemeinem Recht und ist auch nach § 7 BGB. das der Niederlassung. Dieser Grundgedanke wird auch für die Anwendung des § 9 BGB. entscheiden, so daß ein Verhältnis, das als Grundlage einer Niederlassung gilt, seinen Tatbestand erfüllt, und ein solches Verhältnis ist zweifellos die Ergreifung des Militärdienstes als „Beruf". Geht man von diesem Standpunkt aus, so wird man anzunehmen haben, daß die Tatsache der Mobilmachung als solche für die Frage, ob der Wohnsitz des Garnisonortes besteht, bedeutungslos ist, und zwar für die freiwillig Eintretenden, wie für die zum Dienst Berufenen. Wer vorher Berufsmilitärperson war, bleibt es auch im Kriege, andere Personen werden durch die Mobilmachung allein nicht Berufssoldaten und haben den Wohnsitz des Garnisonortes nicht.

c) Der Wohnsitz des Garnisonortes gilt nur für solche berufsmäßige Militärpersonen, die einen Wohnsitz selbständig begründen können, also nicht für Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte. Der minderjährige Leutnant hat den Wohnsitz des Garnisonortes nicht, auch wenn sein gesetzlicher Vertreter dem Eintritt in den Militärdienst zustimmt.

d) Der Wohnsitz besteht am Garnisonort; gemeint ist nur ein inländischer Garnisonort. Hat der Truppenteil einen solchen nicht, so entscheidet der letzte inländische Garnisonort. Für andere Fälle, also die, daß der Truppenteil einen inländischen Garnisonort überhaupt nicht hat oder hatte, gibt es keinen Wohnsitz des Garnisonortes. Hier kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Maßgebend ist also für den Wohnsitz für die Regel die ständige Niederlassung (§ 7 BGB.). Garnisonort ist die Ortsgemeinde, in der der Truppenteil garnisoniert (Dernburg Bürg. Recht Bd. I S. 58). Jeder noch so kleine Truppenteil, der nach der militärischen Organisation einen selbständigen Garnisonort hat, ist geeignet dem § 9 BGB. zu genügen. Die Truppen der Schutzgebiete haben keinen inländischen Garnisonort.

e) Besondere Beendigungsgründe des Wohnsitzes des Garnisonorts kennt das Gesetz nicht; er besteht also, solange die ihn begründenden Verhältnisse dauern; beendigt wird er insbesondere durch Lösung des Verhältnisses als Militärperson, und durch Eintritt der Unselbständigkeit z. B. das Auftreten einer Geisteskrankheit. Kriegsgefangenschaft wird das Verhältnis nicht lösen.

f) Für ein beschränktes Gebiet kann den an den Garnisonort anknüpfenden Verhältnissen eine erweiterte Tragweite verliehen werden. Nach § 8 des Ges. vom 28. Mai 1901, betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Rechtsangelegenheiten in Heer und Marine, kann nämlich für Militärpersonen, deren Truppenteil sich im Ausland aufhält und im Inland einen Garnisonort weder hat noch gehabt hat, durch Kais. VO. ein im Inland gelegener Ort als Garnisonort bestimmt werden, doch nur für Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit. Diese Bestimmung wirkt also nicht für das materielle Recht; sie kann aber für Militärpersonen schlechthin erfolgen.

g) Für alle Fälle, in denen nach dem Ausgeführten der Wohnsitz des Garnisonortes nicht besteht, bemißt sich auch bei Militärpersonen der Wohnsitz nach den allgemeinen Grundsätzen, also in erster Linie nach der ständigen Niederlassung, bei ehelichen Kindern nach dem Wohnsitz des Vaters, bei unehelichen nach dem der Mutter (§§ 7 und 11 BGB.). Die Teilnahme am Krieg wird nur bei besonderen Fällen eine Aufgabe der ständigen Niederlassung in sich schließen.

h) Streitig ist die Frage, ob neben dem Wohnsitz des Garnisonorts ein Wohnsitz nach den allgemeinen Grundsätzen besteht. Eingehend beschäftigt sich mit der Frage Staudinger BGB. § 9 Anm. IV 2, er führt auch die seiner Ansicht entgegenstehenden Ansichten an. Staudinger selbst bejaht die Frage. Entscheidende Gründe lassen sich m. E. weder für die eine, noch für die andere Ansicht anführen. Es gibt eben Rechtsfragen, die sich überhaupt nicht entscheiden lassen; für den einzelnen Fall ist Recht, was der letzten Instanz beliebt.

2. Die Frage, ob durch den Krieg die Wohnung der Militärpersonen beeinflußt wird, hat vor allem Bedeutung für die Ersatzzustellung. Eine Ersatzzustellung kann — abgesehen von der unter

Nr. 3 zu behandelnden Zustellung im Geschäftslokal — nur in der „Wohnung" erfolgen. Als Wohnung gilt die Stätte, wo jemand für gewöhnlich zu schlafen pflegt (Seuffert ZPO. § 180 Anm. 1 Abs. 2). Die Wohnung kann auch bei längerer Abwesenheit ihrer Bestimmung erhalten bleiben, soferne nur die Rückkehr zu erwarten ist (Stein ZPO. § 180 Anm. II). An der Hand dieser Abgrenzung ergibt sich, daß die Frage, ob der in den Krieg Ziehende seine Wohnung beibehält, nur nach Lage des Falls zu entscheiden ist. Der Umstand allein, daß er bei einer gemieteten Wohnung das Mietverhältnis nicht gelöst hat, zwingt nicht zur Annahme, daß er die Wohnung beibehalten hat; seine Absicht kann sein, seine bisherige Wohnung bloß zur Verwahrung seiner Habe zu benützen. Wer eine Familie zurückläßt, wird für die Regel auch für seine Person die Wohnung nicht aufgeben wollen, er muß mit jederzeitiger Rückkehr infolge einer Dienstunfähigkeit rechnen, und eine ohne sein Wissen erfolgte Wohnungsänderung durch die Zurückgebliebenen wird auch für ihn eine Aenderung der Wohnung und eine Neubegründung einer solchen in der neuen Wohnung der Familie bedeuten.

3. Der Umstand, daß jemand in den Krieg zieht, ist auch nicht an sich von Bedeutung für die Frage, ob er noch ein Geschäftslokal besitzt, in dem nach § 183 ZPO. ebenfalls Ersatzzustellungen erfolgen können, oder nicht. Wer sein Geschäft durch einen dritten weiter betreiben läßt, muß sich Ersatzzustellungen gefallen lassen, auch wenn er selbst nicht zu erreichen ist. Ein Geschäftslokal hat deshalb insbesondere auch der Rechtsanwalt, der seine Kanzlei durch sein Kanzleipersonal offenhält, ohne Schritte für seine Vertretung zu tun. Es entscheiden die Umstände des Falls.

Kleine Mitteilungen.

Kann dem amtlichen Vorgesetzten (§ 196 StGB.) die Befugnis zur Veröffentlichung nach § 200 Abs. 1 StGB. zugesprochen werden? In neuerer Zeit kommt es öfter vor, daß der Vertreter der Anklage darauf anträgt, die Befugnis zur Veröffentlichung solle nicht dem beleidigten Beamten, sondern dem amtlichen Vorgesetzten zugesprochen werden, falls nur der amtliche Vorgesetzte Strafantrag gestellt hat. Das geschieht auf Grund der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In E. 14, 327 wird diese Ansicht damit begründet, daß das Gesetz nicht bloß den beleidigten Beamten sondern auch dessen Vorgesetzten als beteiligt ansieht und zwar als beteiligt im Interesse des Amtes, das er vertritt und dessen Ehre und Ansehen er zu wahren hat. Aus diesem Grund habe das Gesetz dem Vorgesetzten das selbständige Antragsrecht gegeben. . . . . . Es liege im Sinne des § 200 StGB., dem zur Verfolgung der Beleidigung Berechtigten auch das zur Ausgleichung der Beleidigung bestimmte Recht der Bekanntmachung zuzusprechen.

Gegen die Ansicht des Reichsgerichts läßt sich einwenden: Nach § 196 StGB. hat der Vorgesetzte das Recht, Strafantrag zu stellen und nach §§ 61, 194 StGB. ist die Beleidigung eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt. Verfolgung steht hier im Gegensatz zur Vollstreckung, sie ist die Gesamtheit der prozessualen Tätigkeiten, die zu einem rechtskräftigen Urteil führen. Sobald das Urteil rechtskräftig ist, hat der Strafantrag keine weitere Wirkung mehr. Was nach dem Urteil geschieht, geschieht nicht deswegen, weil Strafantrag gestellt worden war, sondern weil ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Im Urteil kann daher auch dem Antragsteller, der bloß Antragsteller ist, nicht die Befugnis zu einer Tätigkeit zugesprochen werden, die nicht mehr Gegenstand und Zweck des Strafantrags ist. Eine solche Tätigkeit ist die Veröffentlichung des Urteils.

Auch die Vorschriften über die Strafvollstreckung verbieten, dem Strafantrag eine über die Strafverfolgung hinausgehende Wirkung zuzuschreiben. Der Zuspruch der Befugnis zur Veröffentlichung ist nach einem Urteil der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts E. 6, 180 seinem Wesen nach Strafe. Die Strafvollstreckung erfolgt aber durch den Staatsanwalt oder auch den Amtsrichter (§ 483 StPO.). Diese Beamten haben daher ein Strafurteil auch insoweit zu vollstrecken, als es sich um die Veröffentlichung des Urteils handelt. Das geschieht auch im Falle des § 200 Abs. 2 StGB., sowie in anderen Fällen, z. B. § 16 Nahrungsmittelgesetzes, §§ 14, 20 des Gesetzes, betreffend den Verkehr mit Butter usw. Auch im Fall des § 200 Abs. 1 hätte der Staatsanwalt oder der Amtsrichter das Urteil auch in Hinsicht der Veröffentlichung zu vollstrecken, wenn diese Gesetzesstelle nicht ausnahmsweise die Befugnis zur Veröffentlichung anders regeln und dem Beleidigten zusprechen würde. Dieser übt einen Akt der Strafvollstreckung aus; der Strafantrag kann aber nicht zur Abänderung der Vorschriften über die Strafvollstreckung führen.

Wenn übrigens in dem Zuspruch zur Veröffentlichung entgegen der Ansicht des Reichsgerichts eine Strafe deswegen nicht zu erblicken wäre, weil der Zuspruch bezweckt, die Ehre und das Ansehen des Beleidigten zu wahren, so würde dies für die Vollstreckung nichts ändern. Der Zuspruch wäre dann immerhin ein Bestandteil des Strafurteils und für die Vollstreckung gälte das Nämliche, was schon gesagt worden ist.

Die Auffassung des Reichsgerichts in E. 14, 327 läßt sich auch mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht vereinigen. Nach § 200 Abs. 1 ist dem „Beleidigten" die Befugnis zuzusprechen. Das Gesetz wendet diesen Ausdruck an, nachdem es unmittelbar zuvor in § 196 dem amtlichen Vorgesetzten das Recht zuerkannt hatte, Strafantrag zu stellen. Nichts hätte näher gelegen, als daß der § 200 StGB., wenn beabsichtigt gewesen wäre, auch dem Vorgesetzten die Befugnis zuzusprechen, den „Antragsteller" und nicht den „Beleidigten" genannt hätte. Der Vorgesetzte kann aber doch niemals deswegen als Beleidigter angesehen werden, weil der Untergebene beleidigt worden ist. Das Reichsgericht betrachtet nun allerdings den Vorgesetzten nicht als Beleidigten, es findet aber, es liege im Sinne des § 200, die Befugnis zur Veröffentlichung auch einem Nichtbeleidigten zuzusprechen, der als Vorgesetzter Strafantrag gestellt hat. Dies erscheint dem klaren Wort-

laut gegenüber bedenklich. Es ist aber auch gar kein Bedürfnis vorhanden die Befugnis dem Vorgesetzten zuzusprechen, wenn er auch dazu berufen ist, die Ehre und das Ansehen des Beamten und des Amtes zu wahren, denn er kann diese Aufgabe auf anderem Weg erfüllen. Wenn dem beleidigten Untergebenen die Befugnis zugesprochen wird und er macht davon keinen Gebrauch, so gibt das Dienstaufsichtsrecht die nötigen Mittel an die Hand, ihn dazu zu bringen. Dieses Dienstaufsichtsrecht muß sich ja auch in solchen Beleidigungsfällen betätigen, wo dem Vorgesetzten das Antragsrecht nicht zusteht, es sich aber gleichwohl um die Ehre und das Ansehen des Beamten und somit auch um das Ansehen des Amtes handelt. Wenn einem Beamten auf einem Vergnügungsausflug nachgesagt wird, er habe bei diesem Ausflug gestohlen, so hat nach § 196 StGB. nicht der Vorgesetzte das Recht, Strafantrag zu stellen, obgleich sicherlich der Vorgesetzte ein lebhaftes dienstliches Interesse daran hat, daß gegen den Beleidiger die gerichtliche Verfolgung durchgeführt und das Urteil veröffentlicht werde. Wenn der Beamte Strafantrag nicht stellt oder wenn er keinen Gebrauch von der Befugnis macht, das Urteil zu veröffentlichen, so bleibt dem Vorgesetzten nichts übrig, als kraft seines Dienstaufsichtsrechts den Beamten zu veranlassen, die nötigen Schritte zur Wahrung seiner Ehre und seines Ansehens und damit des Ansehens des Amtes zu tun. Dies muß die Auffassung bestärken, daß es nicht im Sinne des § 200 liegt, die Befugnis zur Veröffentlichung dem Vorgesetzten zuzusprechen, wenn er von seinem Recht Strafantrag zu stellen Gebrauch gemacht hat.

Das Reichsgericht hat in einem Urteil (E. 43, 173) auch ausgesprochen, daß nicht zugleich dem amtlichen Vorgesetzten und dem beleidigten Beamten die Befugnis zur Veröffentlichung zugesprochen werden dürfe, denn der Zweck der Veröffentlichung werde nur von dem Vorgesetzten verfolgt und deshalb liege keine Veranlassung vor, dem Untergebenen eine Befugnis zuzusprechen, deren Erlangung er nicht erstrebt habe. Allein in der Regel stellt der beleidigte Untergebene deswegen keinen Antrag, weil er weiß, daß es der amtliche Vorgesetzte tut, und es trifft daher auch auf ihn nicht zu, daß er die Erlangung der Befugnis zur Veröffentlichung nicht erstrebt habe.

Die Auffassung des Reichsgerichts führt auch zu Schwierigkeiten, wenn sowohl der Beamte, als auch der amtliche Vorgesetzte Strafantrag gestellt haben. Nach den Gründen in E. 14, 327 müßte dem Vorgesetzten die Befugnis zugesprochen werden. Die Befugnis darf aber doch auch dem Beamten nicht versagt werden, denn er ist der Beleidigte und er hat durch Stellung des Strafantrags bekundet, daß er die Erlangung der Befugnis erstrebt hat. Wenn nun von beiden Seiten von der Befugnis Gebrauch gemacht würde, so geschähe damit etwas Zweckloses, und zugleich entstünden doppelte Kosten, die in ungebührlicher Weise den verurteilten Beleidiger doppelt treffen müßten, wenn er zahlungsfähig wäre.

Die im Eingang gestellte Frage dürfte daher zu verneinen sein.

Amtsgerichtsdirektor Tisch in Neustadt a. d. H.

— — — —

Eine grundsätzliche Entscheidung zu § 136 StGB. (Siegelbruch). Die knappe Fassung des Tatbestandsmerkmales: „Anlegung eines amtlichen Siegels von einer Behörde oder von einem Beamten" in § 136 StGB. macht bei der Gesetzesanwendung Schwierigkeiten.

Rechtslehre und Rechtsprechung vertreten drei Auslegungen:

Nach Binding 1905, II 2 § 241, Meyer 1907, § 123 Ziff. 7, Liszt 1908 § 176 VI ist die Verletzung amtlicher Siegel nur dann strafbar, wenn die Siegelung nicht nur durch die zuständige Behörde erfolgt, sondern auch im einzelnen Falle rechtmäßig war. Nach Lenz, strafrechtlicher Schutz des Pfandrechtes 1893 S. 225, soll im Gegensatze hiezu sachliche und örtliche Zuständigkeit der Behörde sowie Rechtmäßigkeit der Siegelung völlig gleichgültig sein.

Nach einer dritten Auslegung endlich ist es ohne Belang, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Siegelung vorhanden waren oder nicht, wenn nur die Siegel von einer Behörde oder einem Beamten angelegt waren, die zu dieser Maßregel überhaupt berechtigt und örtlich zuständig sind (RGSt. Bd. 36 S. 157). Es ist nur erforderlich, daß der Beamte das Siegel in Ausübung der durch sein Amt begründeten Befugnisse, also in sachlicher und örtlicher Zuständigkeit im allgemeinen angelegt hat (Olshausen zu § 136. RGSt. Bd. 34 S. 398). Bei dieser dritten Auffassung bleibt zweifelhaft, ob ein Siegelbruch schon dann begangen werden kann, wenn das Siegel von einem überhaupt in irgend einem Falle zur Siegelung befugten Beamten angelegt ist, oder ob es erforderlich ist, daß der Beamte gerade zu der in Frage stehenden besonderen Siegelungsmaßnahme an sich zuständig ist. —

Der gerichtlichen Entscheidung unterlag folgender Tatbestand:

In einem Rechtsstreite sollte vereinbarungsgemäß ein Motor zur Feststellung der Pferdestärke durch einen unparteiischen Dritten in einer Kiste verschlossen und bis zu dieser Feststellung jeder Einwirkung durch die Parteien entzogen werden. Der Bürgermeister des in Bayern gelegenen Dorfes, in welchem der Motor stand, verschloß zu diesem Zweck und dem Ersuchen der Parteien folgend die Kiste mit dem Motore durch 12 bis 15 Stück 2 Finger breite, etwa 20 cm lange, je zweimal den Abdruck des Gemeindesiegels zeigende, der Quere nach über die Kiste gelegte Streifensiegel.

Die eine Partei öffnete entgegen der Vereinbarung die Kiste, um eine Ausbesserung an dem Motor vorzunehmen. —

Nach der zweiten und wohl auch nach der dritten hier dargestellten Ansicht wäre im vorliegenden Falle der Tatbestand des § 136 StGB. gegeben, obwohl der Bürgermeister — im übrigen ein in Bayern an sich zur Siegelung berechtigter Beamter (Art. 105 AG. BGB., NachlO.) — zur Anlegung von Siegeln im Einzelfalle nicht zuständig war.

Das ObLG. (Strafsenat) verneinte jedoch der ersten Ansicht folgend in einem Beschlusse vom 18. November 1913 die Anwendbarkeit des Gesetzes, weil der Bürgermeister bei der auf Grund Privatabkommens der Prozeßparteien erfolgten Anbringung der Siegel nicht als Amtsperson und innerhalb seiner amtlichen Zuständigkeit gehandelt habe, für derartige Siegelungen in Bayern vielmehr der Notar allein zuständig sei.



(BlAdmPr. Bd. 40 S. 414. Kaisenberg, NotG. Art. 2 Note 2 mit Art. 105 AG. BGB. und Art. 66 AG. GVG.).

Nach dieser Entscheidung könnte wohl auch eine Zuständigkeit des Bürgermeisters nicht auf Art. 138 GemO. gegründet werden etwa in der Annahme, daß sich eine Berechtigung des Bürgermeisters aus seiner Eigenschaft als Beamter der Ortspolizeibehörde ergibt. Der ortspolizeilichen Tätigkeit kann nur anheimfallen, was zu polizeilichem Einschreiten i. S. des Art. 138 GemO. Anlaß gibt. Dies trifft aber hier nicht zu. Die Siegelanlegung durch den Bürgermeister war keine polizeiliche Maßnahme, der Bürgermeister hat vielmehr die Siegel auf Antrag der Parteien, gewissermaßen als Treuhänder angelegt, ohne zu solchen Siegelungen amtlich zuständig zu sein.

II. Staatsanwalt v. Balta in Passau.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Nichtigkeit einer Vereinbarung zwischen Ehegatten, wonach die Frau auf ihren Unterhaltsanspruch verzichtet, wogegen der Mann sich verpflichtet, ihr einen Grund zur Scheidung zu geben. Kann die Frau trotz des Verzichts von dem Manne Unterhalt beanspruchen, nachdem dieser vereinbarungsgemäß durch sein Verhalten die Scheidung ermöglicht hat und für den schuldigen Teil erklärt worden ist? Die exceptio doli generalis. Die Ehe der Parteien ist wegen Ehebruchs des Beklagten geschieden und der Beklagte für den allein schuldigen Teil erklärt worden. Gestützt auf dieses Urteil und § 1578 BGB. verlangt die Klägerin nunmehr von dem Beklagten Gewährung des standesmäßigen Unterhalts. Der Beklagte beruft sich auf einen Verzicht der Klägerin. Unter seiner Genehmigung hat nämlich die Klägerin vor Einleitung des Scheidungsverfahrens in einer notariellen Verhandlung vom 11. Februar 1908 erklärt, sie verzichte auf die Geltendmachung der ihr gesetzlich gegen ihren Mann zustehenden Unterhaltsansprüche sowohl für die Dauer des Scheidungsstreits als für die Zeit nach der Entscheidung. Der Berufung des Beklagten auf diesen Verzicht begegnet die Klägerin durch den Hinweis darauf, daß ihre Erklärung nichtig sei; sie habe sie gegen das Versprechen des Beklagten abgegeben, ihrer Scheidungsklage keine Schwierigkeiten entgegenzusetzen, die Scheidung sogar durch Begehung eines Ehebruchs selbst mit herbeizuführen. Das LG. gab der Unterhaltsklage statt; das OLG. und das RG. billigten das.

Aus den Gründen: Ohne Zweifel ist die dem Scheidungsstreite vorausgegangene Abmachung der Parteien zur Erleichterung der Ehescheidung getroffen worden. Daß aber Verträge, die Eheleute zur Erleichterung der Scheidung schließen, als gegen die guten Sitten verstoßend nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sind, ist anerkannten Rechtens (vgl. die Senatsurteile vom 12. Okt. 1912 IV 157/12 und vom 19. Juni 1913 IV 63/13 Warneyer Erg. Nr. 3 und 398). Freilich wird, wenigstens vielfach, von einer unzulässigen Erleichterung der Ehescheidung dann nicht gesprochen werden können, wenn ein Scheidungsgrund tatsächlich vorhanden ist und es sich nur darum handelt, das Scheidungsverfahren abzukürzen (vgl. das Senatsurteil vom 19. Dezember 1912 IV 381/1912 a. a. O. Nr. 128). So jedoch liegt die Sache hier nicht. Der Beklagte behauptet selbst nur, es wäre so wie so zur Scheidung gekommen, da er auf Herstellung des ehelichen Lebens habe klagen wollen und die Klägerin dem Urteile nicht Folge geleistet hätte, dann aber habe man mindestens 2 Jahre warten müssen, und da hätten sie gedacht, leichter mache es sich so, daß er einen Ehebruch begehe und sich dann wegen Ehebruchs scheiden lasse. Diese Behauptung ändert also nichts daran, daß zur Zeit des Vertragsabschlusses ein Scheidungsgrund nicht bestand und daß im Scheidungsstreite der Geltendmachung des in der Zwischenzeit vom Beklagten begangenen Ehebruchs die Vorschrift in § 1565 Abs. 2 BGB. im Wege gestanden hätte, wenn nicht der Beklagte vertragsgemäß jede ernsthafte Widerrede unterlassen hätte. Die bloße Möglichkeit, daß es später doch zur Scheidung gekommen wäre, kann bei der Frage keine Rolle spielen, ob eine unzulässige Erleichterung der Scheidung bezweckt war, übrigens auch erzielt worden ist. An der hiernach vom OLG. ohne Gesetzesverletzung angenommenen Nichtigkeit des Verzichts der Klägerin kann an sich der Umstand nichts ändern, daß die Klägerin aus dem unsittlichen Abkommen zunächst einen Vorteil, nämlich die von ihr gewünschte Entscheidung, erzielt hat und nunmehr noch einen weiteren Vorteil erzielen will. Es könnte sich nur fragen, ob nicht der Klägerin die Einrede der Arglist entgegensteht, wenn sie sich trotz des Verzichts zur Begründung des eingeklagten Anspruchs auf das Scheidungsurteil stützt, das sie nur mittels des durch den Verzicht erkauften Verhaltens des Beklagten erlangt hat. Diese Einrede wäre nicht begründet. In seinem Urteile vom 4. April 1889 IV 8/89 (Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 916, auch JW. 211 Nr. 24) hat allerdings der Senat bei einem dem hier gegebenen ganz ähnlichen Sachverhalt angenommen, die Frau handele arglistig, wenn sie im Widerspruch mit ihrem Verzicht Vermögensvorteile für sich aus dem Scheidungsurteil in Anspruch nehme, das nur infolge des dem Abkommen entsprechenden Verhaltens des Mannes in einem ihr günstigen Sinn ergangen sei. Allein dieses Urteil ist unter der Herrschaft des preuß. ALR. ergangen und stützt sich in der Hauptsache auf eine besondere landrechtliche Vorschrift (§ 36 Teil I Tit. 3), die, mindestens in der Allgemeinheit, in der sie dort ausgesprochen ist, in das heutige Recht nicht übergegangen ist. Nun hat freilich das RG., besonders der erkennende Senat, auch unter der Herrschaft des BGB. auf die Vorschrift in § 826 Bezug nehmend wiederholt (vgl. Entsch. Bd. 78 S. 390 ff., namentlich S. 393 und die dort aufgeführten früheren Erkenntnisse) den Grundsatz zur Geltung gebracht, daß, wer ein sachlich unrichtiges Urteil oder die Rechtskraft eines solchen Urteils in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erwirkt hat und dieses Urteil für sich ausnutzt, eine ihn zum Schadensersatze verpflichtende unerlaubte Handlung begeht und Schadensersatz gerade in der Weise zu leisten hat, daß er von dem Urteile keinen Gebrauch machen darf (vgl. in letzterer Beziehung das Senatsurteil vom 30. Okt. 1911 IV 61/1911). Aber in allen diesen Fällen hatte die Partei, die das Urteil erwirkt hatte, nicht nur den Richter getäuscht, sondern schon bei der Urteilserwirkung auch dem anderen Teile gegenüber arglistig und in einer nach § 826 zum Schadensersatze verpflichtenden Weise gehandelt. Hier jedoch hat die Klägerin bei der Urteilserwirkung dem Beklagten gegenüber ganz offen gehandelt, beide Teile haben sogar zur Täuschung des Gerichts zusammengewirkt. In einem solchen Falle kann von einem Schadensersatzanspruch des Verurteilten aus § 826 keine Rede sein (vgl. auch Entsch. Bd. 67 S. 151 ff., insbesondere S. 153). Anders wäre die Sache vielleicht zu beurteilen, wenn etwa die Klägerin schon im Scheidungsstreite beabsichtigt hätte, trotz des Verzichts den Beklagten auf Grund seiner gesetzlichen Verpflichtung nachher in Anspruch zu nehmen, ohne daß diese Absicht dem Beklagten zum Bewußtsein ge-

kommen wäre. Etwas derartiges jedoch hat das OLG. nicht festgestellt und der Beklagte nicht einmal behauptet. Hat die Klägerin nicht schon bei der Erwirkung des Scheidungsurteils und des Ausspruchs über die Schuldfrage dem Beklagten gegenüber in einer einen Schadensersatzanspruch aus § 826 begründenden Weise arglistig gehandelt, so könnte nur die allgemeine Arglisteinrede (die gemeinrechtliche exceptio doli generalis oder praesentis) allenfalls eine Rolle spielen. Sie ist gegeben, wenn erst in der Geltendmachung eines Anspruchs Arglist oder ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben zu finden ist. Das BGB. erwähnt zwar diese Einrede nicht besonders, es erkennt sie aber trotzdem an, wie in der Rechtsprechung des RG. feststeht (vgl. Entsch. Bd. 58 S. 425 ff., insbes. S. 428, 429 u. a.) und der Senat erst ganz vor kurzem ausgesprochen hat (Urteil vom 4. Mai 1914 IV 37/14). Die Zulassung auch der allgemeinen Arglisteinrede mag zwar bei Ansprüchen nicht gänzlich ausgeschlossen sein, die rechtskräftig festgestellt sind oder doch wenigstens, wie hier, mittelbar auf einem rechtskräftigen Urteile beruhen. Immerhin wird, mindestens der Regel nach, in der Geltendmachung derartiger Ansprüche keine Arglist und kein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben zu finden sein (vgl. das schon angeführte Urteil in Entsch. Bd. 67 S. 151 ff. und ferner das Urteil in Entsch. Bd. 80 S. 153 ff., insbes. S. 155). Jedenfalls aber darf die Zulassung der allgemeinen Arglisteinrede bei solchen Ansprüchen nicht dahin führen, daß einem wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB. nichtigen, also vom Gesetze gemißbilligten Rechtsgeschäft auf einem Umwege wieder Geltung verschafft wird. Dahin käme es jedoch, wenn man hier die allgemeine Arglisteinrede zuließe. Das ginge umsoweniger an, als der Beklagte der Klägerin ebenfalls, wenn auch vielleicht in anderer Weise, Unterhalt zu gewähren hätte, wenn das nichtige Abkommen nicht getroffen und infolgedessen die Scheidung nicht zustande gekommen wäre (§§ 1360, 1361 BGB.). Die Vorschrift in § 817 BGB., auf die von der Revision noch nebenbei hingewiesen ist, kann nicht in Betracht kommen. Die Abmachung der Parteien vom 11. Februar 1908 und der darin ausgesprochene Verzicht der Klägerin sind wegen des Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig und wegen dieser ihrer Nichtigkeit ungeeignet, dem Beklagten zur Grundlage einer Verzichtseinrede zu dienen. Um Rückforderung einer „Leistung", die nach § 817 ausgeschlossen wäre, handelt es sich bei der Berufung der Klägerin auf die Nichtigkeit des Verzichts nicht. (Urt. des IV. ZS. vom 28. Mai 1914, IV 683/1913.)

3442 E.

II.

Formbedürftigkeit von Verträgen zugunsten Dritter; ist ein Vertrag formbedürftig, durch den Geschwister sich verpflichten, ihrer Mutter mit Rücksicht auf ihre Bedürftigkeit eine monatliche Rente zu zahlen? Zum Begriffe des Leibrentenversprechens. Aus den Gründen: Verträge zugunsten Dritter oder, wie das Gesetz sagt, Verträge über eine Leistung an einen Dritten bedürfen als solche keiner besonderen Form. Die Frage, ob für die Beobachtung einer sonst etwa in Betracht kommenden Form nur das Verhältnis unter den Vertragschließenden maßgebend ist oder auch das Verhältnis zu dem Dritten eine Rolle spielt, ist im Gesetze nicht beantwortet; ihre Beantwortung ist der Rechtswissenschaft überlassen (vgl. Mot. zum I. Entw. Bd. II S. 270). Diese hat die Frage wohl ganz allgemein dahin entschieden, daß grundsätzlich nur das Verhältnis unter den Vertragschließenden, das sog. Deckungsverhältnis, und nicht auch das Verhältnis zu dem Dritten Bedeutung hat. Diese Ansicht ist zutreffend. Ist sie das aber, so kann zunächst darüber keine Meinungsverschiedenheit aufkommen, daß zur Gültigkeit der hier in Frage stehenden Vereinbarung gerichtliche oder notarielle Beurkundung, wie sie bei Schenkungen vorgeschrieben ist, nicht erforderlich war. Denn nach den Feststellungen des OLG. liegt ein gegenseitig verpflichtender Vertrag der drei Geschwister vor; Schenkungen und gegenseitig verpflichtende Verträge sind jedoch geradezu Gegensätze, und die Gegenseitigkeit von Verpflichtungen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß jede der bedungenen Leistungen einem Dritten gewährt werden, dieser sie aber seinerseits von dem Geber unentgeltlich bekommen soll (vgl. das Senatsurteil vom 16. Januar 1911 IV 58. 10 Warneyer Erg. Nr. 174). In Frage kommen könnte nur, ob die Versprechen, die sich die drei Geschwister zugunsten ihrer Mutter gegenseitig haben geben lassen, Leibrentenversprechen waren, und ob aus diesem Grunde die Vereinbarung der in § 761 vorgeschriebenen Schriftform bedurft hätte. Dabei braucht nicht erörtert zu werden, ob ein Vertrag, wie ihn hier die drei Geschwister zugunsten ihrer Mutter unter einander geschlossen haben, überhaupt einen Leibrentenvertrag darstellen kann, wie ihn das Gesetz in den §§ 759—761 im Auge hat. Denn keinesfalls können die von den drei Geschwistern ausgetauschten Versprechen als Leibrentenversprechen i. S. dieser Gesetzesbestimmungen angesehen werden. Das OLG. stellt fest, daß die Vereinbarung mit Rücksicht auf die Bedürftigkeit der Mutter getroffen ist, damit die Rente zur Bestreitung ihres Unterhalts diene. Darin liegt ohne weiteres, daß die der Mutter zugedachten Leistungen auch in der Zukunft von ihrer Bedürftigkeit abhängen sollten. Sie waren also nicht durch die Vereinbarung selbst ein für allemal fest begrenzt, sie sollten sich ihrem Gegenstande nach nicht aus ihr allein ergeben, sondern sie hingen zugleich von äußeren Verhältnissen ab. Versprechen solchen Inhalts erfüllen nicht die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Begriffserfordernisse eines Leibrentenversprechens, selbst wenn sie sich auf die Lebenszeit des Berechtigten erstrecken (vgl. die Senatsurteile vom 12. Dez. 1907 IV 221/07 Entsch. Bd. 67 S. 204 ff., bes. S. 213, und vom 12. Okt. 1912 IV 75/12 Entsch. Bd. 80 S. 208 ff., bes. S. 209, sowie vor allem das Senatsurteil vom 20. März 1911 IV 448/10 Gruchot Bd. 55 S. 949 und JW. 449 Nr. 16). Solche Versprechen sind Unterhaltsversprechen, aber keine Leibrentenversprechen; die Formvorschrift des § 761 ist jedoch nur für eigentliche Leibrentenversprechen, nicht auch für andere, wenngleich ähnliche Verträge gegeben (vgl. namentlich das zuletzt angeführte Senatsurteil). (Urt. des IV. ZS. vom 14. Mai 1914, IV 655/13).

3441 E.

III.

Muß sich der lebenslänglich angestellte Handlungsgehilfe die Versetzung an einen anderen Ort gefallen lassen? Aus den Gründen: . . . Es kommt lediglich darauf an, ob die Klägerin verpflichtet ist, in Berlin tätig zu sein und die ihr dort angesonnenen Arbeiten zu verrichten. Nach der oberlandesgerichtlichen Vertragsauslegung war der Dienstvertrag für den Ort G. auf Lebenszeit der Klägerin geschlossen. Entsprechend den Verhältnissen dieser kleinen Stadt waren Stellung, Arbeitsleistung und Einkommen der Klägerin bemessen. Nach Treu und Glauben wird angenommen werden können, daß sie sich, wenn die Interessen der Beklagten die Verlegung der Verwaltung an einen Ort von ähnlicher Größe, mit ähnlichen Verhältnissen verlangt hätten, die Versetzung dorthin hätte gefallen lassen müssen. Zu den berechtigten Interessen des Dienstherrn gehört auch die Vermehrung seines Gewinns; die Rücksicht auf die Gewinnsteigerung war für die Beklagte auch ein triftiger Grund zur Verlegung des Bureaus von G. Ganz gewiß folgte sie auch einem berechtigten Interesse, als sie das Bureau nach Berlin verlegte. Daraus folgt aber noch nichts für das Rechtsverhältnis zur Klägerin. Deren Stellung und Einkommen, für G. zugeschnitten, entsprechen nicht

den Verhältnissen und Anforderungen der Großstadt. Der für die Verlegung triftige Grund ergab noch keine Befugnis zum Eingriff in die Vertragsrechte der Klägerin. Treu und Glauben forderten nicht, daß sie sich auf Grund der Bedingungen des bisherigen Vertrages nach Berlin versetzen ließ. Wie selbst die Aufgabe des ganzen Geschäfts den Dienstherrn nicht berechtigt, den Handlungsgehilfen sofort zu entlassen, so berechtigt ihn auch nicht ohne weiteres die Verlegung des ganzen Geschäfts an einen anderen Ort, den Handlungsgehilfen wider seinen Willen dorthin zu versetzen. Hier handelt es sich aber noch nicht einmal um eine gänzliche Verlegung: der Sitz der Gesellschaft und ein Teil der Verwaltung sind in G. geblieben. Doch angenommenen selbst, nach dem Vertrage wäre die Klägerin verpflichtet, in Berlin zu arbeiten, so könnte sie jedenfalls eine der bisherigen Stellung gleichwertige verlangen (vgl. Staub-Könige Anm. 27 zu § 59 HGB.). Nach den Feststellungen ist aber die Berliner Stellung der Klägerin ihrer bisherigen in G. keineswegs gleichwertig. Es bestehen gesellschaftliche, wirtschaftliche und namentlich Unterschiede hinsichtlich der Selbständigkeit. Die Klägerin ist nicht mehr in der ihr durch den Vertrag verliehenen Stellung einer Bureauvorsteherin. Sie steht geschäftlich nicht mehr unmittelbar unter dem Vorstande, sie bekommt die Arbeiten zugewiesen durch andere Angestellte und muß sie nach Anfertigung diesen abliefern und zur Gutheißung vorlegen. Davon kann nicht die Rede sein, daß die untergeordnete Stellung in Berlin darum der höheren in G. gleichwertig wäre, weil das Berliner Bureau groß ist und das andere klein war. Die Klägerin ist darnach aus dem Vertrage nicht verpflichtet, sich für die Beklagte in Berlin in der ihr dort zugemuteten Tätigkeit oder überhaupt in irgendwelcher Stellung unter den bisherigen Vertragsbedingungen beschäftigen zu lassen. Will oder kann die Beklagte sie nicht lebenslänglich in vertragsmäßiger Weise beschäftigen, dann muß sie ihr eben ohne Gegenleistung lebenslänglich das vertragsmäßige Gehalt zahlen, solange nicht einer der vom Vertrage zugelassenen drei Kündigungsgründe gegeben ist. (Urt. d. III. ZS. vom 7. Juli 1914, III. 135/14).

3430 — a —

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Kann die Verwaltungsbehörde die Schreibweise eines Namens mit bindender Wirkung für das mit dem standesamtlichen Berichtigungsverfahren befaßte Gericht feststellen? (PersStG. §§ 65, 66). Das Bezirksamt E. stellte in einem von ihm als Aufsichtsbehörde des Standesamts B. eingeleiteten Verfahren durch Beschluß die angeblich richtige Schreibweise eines Namens fest und beantragte bei dem AG., die dem Beschluß entsprechende Berichtigung einer Geburtsurkunde des Standesamts B. anzuordnen; es ging davon aus, daß der Beschluß für das AG. bindend sei. Das AG. wies den Antrag ab, das LG. verwarf die Beschwerde; auch die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Die Aenderung der Schreibweise eines Namens ist eine Namensänderung und folgt den für diese geltenden Vorschriften, wenn sie in dem Sinne angestrebt wird, daß die Schreibweise durch eine schaffende Handlung der Staatsgewalt festgestellt wird. Hier wird die Aenderung nur zur Erhaltung des wahren Namens angestrebt. Die richtige Schreibweise soll festgestellt werden. Nur für die Namensänderung bestehen ausdrückliche Vorschriften über die Zuständigkeit (§ 6 der Bek. vom 27. Dez. 1899, JMBl. 1900 S. 853). Für die bloße Feststellung der Schreibweise fehlt es daran. Das Bezirksamt nimmt seine Zuständigkeit auf Grund der in den BlAdmPr. Bd. 53 S. 299 abgedruckten Entschl. des Ministeriums des Innern vom 20. Nov. 1902 in Anspruch. In dieser ist ausgeführt, daß für die Feststellung der Schreibweise der rechtliche Vorgang entscheidend ist, durch den das Recht des Namens begründet worden ist. Richte sich der Namen einer Person nach dem einer anderen, so müsse festgestellt werden, wie die Person ihn schreibe, deren Namen maßgebend ist. Hiebei werde in der Regel auf standesamtliche Urkunden zurückgegriffen werden müssen. Fänden sich in ihnen Verschiedenheiten oder ergäben sich sonst Zweifel, so sei zu entscheiden, ob eine Berichtigung der standesamtlichen Urkunden veranlaßt sei. Diese Entscheidung setze die Feststellung der richtigen Schreibweise voraus. Für das Verfahren hierbei seien die §§ 65, 66 PersStG. maßgebend. Es bestehe nun kein Bedenken, dieses Verfahren in allen Fällen anzuwenden, in denen es sich um die Feststellung der Schreibweise eines Namens handle, gleichviel ob die Feststellung dadurch veranlaßt sei, daß die in den standesamtlichen Urkunden angewendete Schreibweise als unrichtig bezeichnet werde, oder ob es sich nur darum handle, die Richtigkeit dieser Schreibweise gegenüber Zweifeln zur Gewißheit zu machen. Liege kein Anlaß vor, an der Richtigkeit der sich in den standesamtlichen Urkunden gleichmäßig findenden Schreibweise zu zweifeln, so werde sich die Aufsichtsbehörde hiemit begnügen und von der Abgabe der Verhandlungen an das Gericht absehen können, wenn nicht der Antragsteller darauf bestehe. Die Zuständigkeit zur Feststellung des Familiennamens einer Person, deren Namen sich nach dem Familiennamen einer anderen Person richtet, bestimme sich hienach nach der Zuständigkeit zur Vornahme des Berichtigungsverfahrens nach §§ 65, 66 und sei deshalb jeder Aufsichtsbehörde zuzuerkennen, in deren Bezirk eine zu berichtigende standesamtliche Urkunde aufgenommen wurde. Falls für die Feststellung der Schreibweise nur Einträge in pfarramtlichen Matrikeln zur Verfügung stehen, sei nach der Entschließung des Ministeriums des Innern vom 16. Mai 1866 (JMBl. S. 158) zu verfahren. In dieser ist bestimmt, daß für die Feststellung der richtigen Schreibweise eines Familiennamens die Behörden zuständig sind, denen die Aufsicht über die richtige Führung der Geburts- und Trauungsregister obliegt.

Aus diesen Entschließungen kann jedoch keine Befugnis der Verwaltungsbehörden abgeleitet werden, die Schreibweise eines Familiennamens in einer für die Gerichte im standesamtlichen Berichtigungsverfahren bindenden Weise festzustellen. Nach §§ 65, 66 PersStG. kann eine Eintragung in dem Standesregister nur auf Grund gerichtlicher Anordnung berichtigt werden. Die Aufsichtsbehörde hat Ermittelungen anzustellen und die Verhandlungen dem Gerichte vorzulegen. Dieses kann noch weitere Aufklärungen veranlassen und hat alsdann über den Berichtigungsantrag zu beschließen, kann aber auch den Antragsteller auf den Prozeßweg verweisen. Sonach haben die Aufsichtsbehörden den für eine Berichtigung erforderlichen Tatsachenstoff zu beschaffen und dem Gerichte vorzulegen, das Gericht hat zu beschließen, ob die Berichtigung erfolgen soll. Hiebei hat es die Tatsachen selbst zu prüfen; daß es nicht an die Ermittelungen oder an Beschlüsse der Aufsichtsbehörden gebunden ist, ergibt sich schon daraus, daß es sonst zwecklos gewesen wäre, im Berichtigungsverfahren überhaupt eine Entscheidung des Gerichts einzuschalten. Die Selbständigkeit des Gerichts folgt übrigens auch aus der ihm in § 66 PersStG. zugesprochenen Befugnis, selbst noch weitere Aufklärungen zu veranlassen und geeignetenfalls den Antragsteller auf den Prozeßweg zu verweisen. Diese Befugnisse setzen ein selbständiges Prüfungsrecht der Gerichte voraus.

Soweit es sich um die Berichtigung eines Eintrags in einem Standesregister handelt, können also die Aufsichtsbehörden nach Reichsrecht nicht eine Anordnung mit bindender Wirkung für das nach § 65 PersStG., § 69 FGG. zuständige Gericht treffen. Dieser Grundsatz greift auch Platz, wenn es sich darum handelt, wie ein in einer standesamtlichen Urkunde vorkommender Name zu lauten hat. Denn bei der Beurkundung von Geburten, Heiraten und Sterbefällen gehört mindestens die Angabe des Familiennamens des Vaters oder der Mutter des Kindes, der Eheschließenden und des Verstorbenen zu den wesentlichen Angaben (PersStG. § 22 Nr. 5, § 54 Nr. 1, § 59 Nr. 1) und der Berichtigung zugänglich sind alle im Register eingetragenen Tatsachen, also auch die Abstammungsverhältnisse, wie sie sich aus dem Familiennamen ergeben.

Diese Zuständigkeitsvorschriften können durch das Landesrecht nicht geändert werden. Die MinE. vom 20. Nov. 1902 bietet aber auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß sie in dem von dem Bezirksamt angenommenen Sinn erlassen worden ist. (Wird ausgeführt). Die Beschwerde beruft sich darauf, daß in der MinE. verfügt ist, es sei nach der Entschließung vom 16. Mai 1866 zu verfahren, falls für die Feststellung der Schreibweise nur Einträge in pfarramtlichen Matrikeln zur Verfügung stehen. Allerdings kommt den Aufsichtsbehörden nach der Entschließung vom 16. Mai 1866 das Recht zu, über die Schreibweise eines Namens endgültig und für den Registerführer bindend zu entscheiden. Allein die weitere Beschwerde hat diesen Teil der MinE. mißverstanden. Die Beschwerde meint, die Entschließung vom 16. Mai 1866 sei schon anzuwenden, wenn sich die für die Entscheidung maßgebenden Einträge in pfarramtlichen Registern finden, wenn also der Name, der festzustellen ist, sowohl in standesamtlichen als in pfarramtlichen Urkunden vorkommt, die standesamtlichen Urkunden aber für den Inhalt der Entscheidung belanglos sind, die Entscheidung sich vielmehr nur auf die pfarramtlichen Urkunden gründet. In Wirklichkeit aber will die MinE. von 1902 mit dem Ausdrucke, daß nur Einträge in pfarramtlichen Matrikeln zur Verfügung stehen, sagen, daß der Name, dessen Schreibweise festzustellen ist, nur in pfarramtlichen Matrikeln vorkommt. In diesem Falle kommt das Berichtigungsverfahren des PersStG. gar nicht in Frage, es gilt das bisherige Recht weiter. (Beschl. des I. ZS. vom 13. Juni 1914, Reg. III Nr. 32/1914).

M.

II.

Kann eine Zwangs-Sicherungshypothek für eine Forderung eingetragen werden, für die schon eine durch Vertrag bestellte Sicherungshypothek eingetragen ist? Aus den Gründen: In dem von dem Kammergericht in dem Beschlusse vom 9. Dezember 1912 (RJA. Bd. 12 S. 269) behandelten Fall handelt es sich um eine neben einer Verkehrshypothek einzutragende Sicherungshypothek, hier aber ist die auf Grund des Vertrages eingetragene Hypothek ebenso wie die jetzt im Zwangsweg einzutragende Hypothek eine Sicherungshypothek. Bei dieser Sachlage treffen die Gründe nicht zu, die das Kammergericht dazu geführt haben, mit Bezugnahme auf die Entscheidung des RG. v. 3. Februar 1909 (Entsch. ZS. Bd. 70 S. 245) die Eintragung einer Zwangshypothek für eine Forderung für unzulässig zu erklären, für die bereits eine Verkehrshypothek besteht. Sie setzen durchweg das Bestehen einer Verkehrshypothek voraus. Das RG. hat in den Gründen seiner Entscheidung allerdings auch den Fall behandelt, daß für die Forderung, für welche eine Zwangshypothek eingetragen werden soll, schon eine Sicherungshypothek besteht. Es hält auch die Zwangssicherungs- und die Vertragssicherungshypothek für so verschiedene Rechtsgebilde, daß ihre Zusammenfassung zu einer Gesamthypothek unmöglich und deshalb auch die Eintragung einer Zwangshypothek neben einer Sicherungshypothek unzulässig sei. Soweit der Erwerb durch den Eigentümer in Frage komme, gälten nämlich für die Vertragssicherungshypothek die §§ 1163, 1168 BGB., für die Zwangssicherungshypothek aber außer diesen Vorschriften noch der § 868 ZPO. Nun könnten die Voraussetzungen des § 868 ZPO. gegeben sein, ohne daß einer der Fälle der §§ 1163, 1168 BGB. vorliege. Es bestände also die Möglichkeit, daß die Zwangshypothek auf den Eigentümer übergehe, während die Vertragshypothek dem Gläubiger verbleibe. Auf diese Weise könne eine Vervielfältigung des Gesamtrechts eintreten, was mit dem Wesen des Gesamtrechts unvereinbar sei. Diesen Ausführungen vermag der Senat nicht beizutreten. Durch den § 868 ZPO. wird nur zu den im BGB. aufgestellten Fällen des Uebergangs der Hypothek auf den Eigentümer für die Zwangshypothek ein weiterer Fall der Eigentümerhypothek geschaffen, nicht aber muß daraus gefolgert werden, daß eine Zwangshypothek neben einer bereits vertragsmäßig bestehenden Sicherungshypothek aus inneren Gründen nicht eingetragen werden dürfe. Da die §§ 1172—1174 BGB. nicht zutreffen, bleibt die Vertragshypothek in dem Falle des § 868 ZPO. bestehen und kann von dem Gläubiger dem Eigentümer gegenüber auch weiterhin geltend gemacht werden. Es braucht hier nicht weiter untersucht zu werden, ob etwa durch die nachträgliche Eintragung der Zwangshypothek eine Gesamthypothek überhaupt nicht entsteht und deshalb die Eintragung einer Zwangshypothek neben einer Vertragshypothek durchgängig zulässig ist, sei diese nun Verkehrs- oder Sicherungshypothek; unter den Schriftstellern, die sich dafür aussprechen, wäre außer den vom RG. angeführten besonders noch Seuffert, Komm. zur ZPO., 11. Aufl. § 867 Anm. 4 zu erwähnen; keinesfalls besteht ein zwingender innerer Grund gegen die Eintragung, wenn die bereits eingetragene Hypothek eine Sicherungshypothek ist (so bes. auch Predari, GBO. 2. Aufl. S. 666). Daß die Unzulässigkeit nicht aus der Entstehungsgeschichte des § 867 Abs. 2 ZPO. abgeleitet werden kann, geht aus den Darlegungen des RG. zur Genüge hervor. (Vgl. auch Jahrb. d. Entsch. des RG. Bd. 25 A S. 294). Nach § 864 ff. ZPO. hat der Gläubiger das gesetzliche Recht, für seine vollstreckbare Forderung die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen seines Schuldners vorzunehmen und zu diesem Zweck mit der im § 866 Abs. 3 ZPO. ausgesprochenen Beschränkung auch die Eintragung einer Sicherungshypothek zu erwirken. Wollte man ihm dieses Recht ganz allgemein absprechen, wenn er bereits durch eine Vertragshypothek gesichert ist, so wäre er schlechter gestellt als der Gläubiger, dem keine Vertragshypothek eine Sicherheit bietet. Man wird ihm dieses Recht jedenfalls nicht weiter beschränken dürfen, als dies aus dem Gesichtspunkte der Einheitlichkeit der Gesamthypothek oder aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten unbedingt erforderlich ist. Der Senat hat schon in seinem Beschlusse vom 5. Juni 1902 (Samml. Bd. 3 S. 482) ausgesprochen, daß neben der Hypothek des früheren bayerischen Rechtes eine Zwangshypothek zur Sicherung derselben Forderung zulässig ist. An diesem Beschlusse hält er auch unter der Herrschaft des Liegenschaftsrechts des BGB. mindestens für den Fall fest, daß die Vertragshypothek eine Sicherungshypothek ist. Zur Vorlegung der Sache an das Reichsgericht bestand kein Anlaß, denn der mehrerwähnte Beschluß des RG. hatte sich nur mit der Zulässigkeit einer Zwangshypothek zugunsten einer Forderung zu befassen, für die bereits eine Verkehrshypothek besteht und der § 79 Abs. 2 GBO. ist nicht anwendbar, wenn ein Gericht der weiteren Beschwerde von der nur in den Entscheidungsgründen gestreiften Ansicht eines anderen Gerichts der weiteren Beschwerde oder des Reichsgerichts abweichen will. (Beschl. d. I. ZS. vom 20. Juli 1914, Reg. III Nr. 63/1914).

M.

3440

B. Strafsachen.

I.

Der bayerische Depeschenträger ist Beamter i. S. des § 359 StGB.; Bedeutung beamtenrechtlicher Vorschriften der Bundesstaaten für die Beamteneigenschaft.

Aus den Gründen: Da eine Bestimmung des StGB. (§ 185) anzuwenden ist, ist für die Frage nach der Beamteneigenschaft, von deren Bejahung die Gültigkeit des Strafantrages abhängt, § 359 StGB. maßgebend. Hiernach ist in erster Linie entscheidend, ob eine Person im Dienste des Reichs oder eines Bundesstaats angestellt ist. Die Anstellung ist die vertragsmäßige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses, deren Form sich nach dem Staatsrechte, nach den dienstpragmatischen Vorschriften bestimmt. Die Post und die Telegraphie sind in Bayern Staatsanstalten; insbesondere sind die Telegraphenbehörden berechtigt und verpflichtet, die bei ihnen aufgegebenen und eingelangten Telegramme gegen Bezahlung der bestimmten Gebühren zu befördern. Hierzu gehört schließlich die Aushändigung an den Empfänger. In der Dienstordnung für die Post- und Telegraphenverwaltung (vgl. VerkMBl., postd. Teil, 1913 Nr. 179 S. 303 ff.) ist das im unmittelbaren Dienste stehende Personal der Post- und Telegraphenverwaltung zergliedert in: I. die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis befindlichen Personen, nämlich 1. die etatsmäßigen Beamten, . . . 4. die sonstigen unter Art. 25 BG., fallenden Personen; das sind . . . e) die jugendlichen Depeschenträger und Briefeinsammler; II. die in einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis stehenden Personen. Danach stehen die Depeschenträger auch nach der Auffassung der obersten Poststelle in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis und dementsprechend ist der hier als Beleidigter in Betracht kommende Depeschenträger nach den vorliegenden amtlichen Urkunden zunächst als jugendlicher Briefeinsammler einberufen und eidlich verpflichtet, sodann zum Depeschenträger berufen worden. Dem Erfordernis der Anstellung in einem öffentlich-rechtlichen Dienstzweig ist sohin in jeder Hinsicht genügt — vgl. Bek. vom 17. März 1907, die Verwaltung und den Betrieb der Verkehrsanstalten betr. (GVBl. S. 131). Auf die Art der Dienstleistung kommt es nicht an; diese wäre erst dann heranzuziehen, wenn ein formaler Berufungsakt im Einzelfalle nicht zu ermitteln wäre (vgl. RGSt. Bd. 16 S. 378 und Bd. 39 S. 232). Uebrigens hat der Depeschenträger nicht rein manuelle Dienste, wie das Austragen der Telegramme zu verrichten; es liegt ihm vielmehr nach der Telegraphenordnung vom 29. Juni 1904 ob, die Telegramme nach den Vorschriften des § 18 Ziff. VI ff. zu bestellen, die erforderlichen Empfangsbescheinigungen zu erholen und die in den Ziff. VIII und IX bezeichneten Maßnahmen zu treffen, lauter Verrichtungen, die ihm kraft des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses übertragen sind. Das LG. hat daher mit Recht die Beamteneigenschaft des Depeschenträgers bejaht und den Strafantrag des Vorstandes der Oberpostdirektion nach § 196 StGB. für rechtswirksam erachtet. Die in der Revisionsbegründung angezogenen Bestimmungen des bayer. BG. sind ohne Einfluß auf die Entscheidung. Einmal ist, wie bemerkt, die Beamteneigenschaft auf Grund des § 359 StGB. festzustellen. Dem würden auch die Bestimmungen des bayer. BG. nicht entgegenstehen. Art. 1 dieses Gesetzes bezeichnet die Beamten im weiteren Sinn, Art. 2 betrifft nur die etatsmäßigen Beamten, zu denen der Depeschenträger nicht gehört, und Art. 25 erstreckt lediglich die Vorschriften über die Disziplin, die Pflichten der Beamten u. a. auf die Staatsdienstadspiranten, die nicht als Beamte i. S. des Art. 1 erklärt sind. Wie es für den Begriff des Beamten nach § 359 StGB. unerheblich ist, ob er ein Gehalt bezieht, so ist auch der Umstand, ob er nach Landesrecht in die Gehaltsordnung eingereiht ist oder nicht, ohne jeden Belang. (Urteil vom 5. Mai 1914, Rev.-Reg. Nr. 200/1914).

3426 Ed.

II.

Die sog. Fünfzehnhundertmark-Verträge und der § 288 StGB. Aus den Gründen: Der § 2 des Vertrags, den der Angeklagte S., seine Frau und sein Arbeitgeber am 31. Mai 1913 geschlossen haben, spricht unverhüllt aus, daß der durch den Kaufmann C. drohenden Gefahr der Pfändung der Gehaltsansprüche des Angeklagten begegnet werden, „daß sie der Pfändung durch Gläubiger nicht unterliegen" sollten. Zur Verwirklichung dieser Absicht, die Zwangsvollstreckung zu vereiteln, wurde ein sog. Fünfzehnhundertmark-Vertrag geschlossen, dessen Zweck und Bedeutung ist, die gesetzlich vor Pfändung nicht geschützten Lohn- und Gehaltsansprüche über jährlich 1500 *M* vertragsmäßig dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen und dem Dienstverpflichteten zu erhalten. Die in dem angefochtenen Urteile festgestellte Absicht des S., durch die Abschließung des Vertrags seine Stelle nicht zu verlieren, mag den Anstoß zu dem Vertrage gegeben haben; die Verwirklichung dieser Absicht hatte aber zur Voraussetzung die Vereitelung des Gläubigerzugriffs, da die Gehaltsansprüche das einzige greifbare Vermögen des S. sind. Ohne die Absicht, die drohende Zwangsvollstreckung hintanzuhalten, hat ein solcher Vertrag überhaupt keine Daseinsberechtigung, da der Bezugsberechtigte bei dem Mangel einer Vollstreckungsgefahr ohnedies über seine Bezüge frei verfügen kann (RGZ. Bd. 69 S. 60; Bd. 81 S. 41; JW. 1912 S. 689 Nr. 13, ferner daselbst 1912 S. 430, 894, 1121, 1135; 1913 S. 182, 295, 297, 522, 562, 1165, 1166; LZ. Bd. 4 S. 833, Bd. 6 S. 132, Bd. 8 S. 1065; BlfRA. Bd. 77 S. 411, 439 ff.; Hartmann-Meikel, AnfG. 6. Aufl. S. 74; Gaupp-Stein zu § 850 ZPO. 10. Aufl. Bd. II S. 697; Meyer, Lohnbeschlagnahmegesetz 4. Aufl. S. 114 ff.). Wie die Entscheidung RGSt. Bd. 27 S. 242 ausdrücklich hervorhebt, ist es für das Merkmal der Absicht der Vereitelung der Gläubigerbefriedigung nicht nötig, daß die Vereitelung der Befriedigung des Gläubigers gerade den Endzweck des Schuldners, die Vorstellung dieses Erfolges also den Beweggrund für die Handlung gebildet hat; ein Erfolg gilt schon dann als direkt und bestimmt gewollt, wenn der Täter seinen Eintritt als notwendige unvermeidliche Folge seines Handelns voraussieht und mit solchem Bewußtsein zur Ausführung schreitet, mag es auch nicht diese, sondern eine andere nebenher- oder vorangehende Vorstellung sein, aus welcher die Tat entsprungen ist (s. auch RGSt. Bd. 24 S. 255). Bei dieser von dem Senat geteilten Auffassung des Begriffs „Absicht" und, da in dem Vertrag die Absicht ausdrücklich festgelegt ist, die Gehaltsansprüche des S. dem Zugriffe des Gläubigers C. zu entziehen, steht es im Widerspruche mit den sonstigen Feststellungen und mit einer richtigen Gedankenfolge, wenn das LG. feststellt, daß der Angeklagte beim Vertragsabschlusse sich nicht bewußt gewesen sei, ja gar nicht daran gedacht habe, die Zwangsvollstreckung zu vereiteln. — Das LG. stellt ferner fest, der Angeklagte S. sei auf Grund der Besprechungen mit seinen beiden Rechtsanwälten überzeugt gewesen, daß die künftig erst fällig werdenden Gehaltsansprüche nicht Bestandteile seines Vermögens seien. Das will wohl besagen, daß er sich in einem nach § 59 StGB. zu beachtenden Irrtum über Tatumstände befunden habe. Allein diese Annahme trifft nicht zu. Eine an sich strafbare Handlung verliert diese Eigenschaft nicht dadurch, daß sie auf den Rat eines Dritten, sei es auch eines Rechtsanwalts, vorgenommen wird; strafrechtlich verantwortlich ist und bleibt, wer die Handlung vornimmt. S. glaubte, daß er durch die Abschließung des Vertrags straflos die von C. drohende Zwangsvollstreckung

und damit dessen Befriedigung vereiteln könne; dieser Glaube ist aber nichts anderes als der Glaube an die Straffreiheit seines Tuns d. i. ein vor Strafe nicht schützender Irrtum über das Strafgesetz. — Das LG. ist der Anschauung, daß in dem Vertrag allein eine Veräußerung oder ein Beiseiteschaffen i. S. des § 288 StGB. nicht gefunden werden könne; es stützt sich dabei auf RGSt. Bd. 35 S. 62 und RGZ. Bd. 81 S. 41. Selbstverständlich ist die Abschließung eines Vertrags allein ohne dessen Vollzug keine Veräußerung oder Beiseiteschaffung i. S. des § 288 StGB. (s. auch RGSt. Bd. 32 S. 20, Bd. 38 S. 231). Allein der Vertrag ist mit der Wirkung vollzogen worden, daß die Befriedigung des C. vereitelt wurde, da auf Grund des Vertrags die Pfändungsbenachrichtigung und die Pfändung und Einziehung unberücksichtigt bleiben und S. seinen vollen Gehalt empfängt. Der Pfändung sind nicht bloß bestehende, sondern auch in der Entstehung begriffene d. i. zukünftige Forderungen unterworfen, wenn sie nur hinreichend bestimmt sind, sonach insbesondere künftige Gehaltsansprüche; das ergibt sich aus § 832 ZPO. und dem sog. LohnbeschlG. vom 21. Juni 1879 / 29. März 1897. Da Pfändungen nur in ein Vermögen stattfinden können, sind die künftigen Gehaltsansprüche des S. aus seinem Dienstverhältnis als Bestandteile seines Vermögens zu erachten (Binding, Deutsches Strafrecht bes. Teil 2. Aufl. Bd. I S. 419; RGZ. Bd. 82 S. 227 ff.). Unter Beiseiteschaffen von Vermögensbestandteilen i. S. des § 288 StGB. ist jede Behandlung zu verstehen, die sie dem Zugriff im Zwangsvollstreckungsverfahren entzieht, einerlei, was dabei aus den Bestandteilen wird (RGSt. Bd. 19 S. 25, Bd. 27 S. 213). „Nach diesem Begriffe des Beiseiteschaffens kommt es nicht auf den Eintritt einer Rechtsänderung, sondern nur darauf an, daß tatsächlich der Zugriff des Gläubigers dauernd oder zeitweise vereitelt wird. Besteht der beiseite zu schaffende Vermögensbestandteil des Schuldners in einem Rechte, so ist den zu diesem Zwecke vorgenommenen Rechtshandlungen keine andere Bedeutung beizumessen als die, welche dem Verstecken einer körperlichen Sache beiwohnt; es genügt sonach, wenn durch die Handlung eine Verdunkelung der Rechtslage erzielt ist, kraft welcher der Gläubiger das Forderungsrecht seines Schuldners nicht erkennt oder zu der ihm obliegenden Beweisführung nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten imstande ist.“ (RGSt. Bd. 35 S. 62, Bd. 38 S. 227 ff., Bd. 8 S. 50, Bd. 9 S. 231, Bd. 12 S. 129 ff.). Gleichgültig ist, ob die Beiseiteschaffung von Vermögensstücken durch Scheinverträge oder durch ernstlich gemeinte Verträge erfolgt, wenn nur die Veräußerung in der Absicht erfolgte, eine bestimmte drohende Zwangsvollstreckung zu vereiteln (RGSt. Bd. 7 S. 61). Gleichgültig ist es auch, ob dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte auch nur zeitweise unmöglich gemacht oder erschwert wird (RGSt. Bd. 9 S. 231, Bd. 19 S. 25); belanglos ist ferner, ob die den Gläubiger schädigende Handlung des Schuldners nur zum Scheine vorgenommen worden ist, da sie bis zum Nachweise der Simulation dieselbe wirtschaftliche Wirkung hat wie die ernstlich gemeinte (RGSt. Bd. 12 S. 129). — Darnach sind in dem erörterten Umfange die Tatbestandsmerkmale des § 288 StGB. gegeben und die gegenteiligen Ausführungen des LG., auf denen die Freisprechung beruht, mit den Vorschriften dieser Gesetzesstelle nicht in Einklang zu bringen. Das Urteil war daher aufzuheben. Bei der erneuten Prüfung der Frage, ob der Angekl. S. Bestandteile seines Vermögens veräußert habe, wird sich das LG. folgenden Erwägungen nicht verschließen können. Das Urteil in RGZ. Bd. 69 S. 60 könnte allerdings der Auffassung Raum geben, daß die sog. Fünfzehnhundertmark-Verträge schlechthin rechtsgültig sind; allein nach den Urteilen in JW. 1912 S. 689 Nr. 13 und RGZ. Bd. 81 S. 41 hat diese Auffassung keine Berechtigung mehr. Es ist daselbst ausgeführt, daß die Rechtsgültigkeit solcher Verträge von den Umständen des Einzelfalls abhängt, daß insbesondere zu prüfen ist, ob sie ernstlich gemeint sind, und ob sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Die Rechtsgültigkeit hängt nach der Auffassung der ZS. des RG. in erster Linie davon ab, daß die Frau mit ihrem Mann in häuslicher Gemeinschaft lebt und das ihr durch den Vertrag Zugewendete im Interesse ihrer und ihres Mannes Familie zu deren Aufrechthaltung und Fortdauer in einem bescheidenen Umfange dem Zwecke des Vertrags entsprechend zu verwenden hat. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so fehlen die Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit eines solchen Vertrags. Wendet die Strafkammer diese Grundsätze auf den der Entscheidung unterstehenden Fall an und kommt sie zu der Anschauung, daß der Vertrag vom 31. Mai 1913 die Eigenschaften eines Scheinvertrags hat, so wird sie zu der viel umstrittenen Auffassung des RG. von der Rechtsgültigkeit der sog. Fünfzehnhundertmarkverträge an sich nicht grundsätzlich Stellung zu nehmen brauchen. Bei der Prüfung der Frage, ob die Vertragsbeteiligten, insbesondere S., ernstlich gewollt haben, daß der der Frau S. zugewendete Betrag von 3300 *M* ihr aus eigenem Rechte zur freien Verfügung im Interesse der Familie des S. zustehen soll, wird folgendes zu beachten sein. S. und seine Frau leben seit Jahren — offensichtlich aus Verschulden des ersteren — von einander getrennt; die häusliche Gemeinschaft der kinderlosen Eheleute, der gemeinsame Hausstand, ist längst aufgegeben; die Ehe besteht zwar noch rechtlich, aber tatsächlich nicht mehr; eine Beziehung zwischen den Eheleuten ist nur noch insoweit vorhanden, als S. seiner Frau einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von 150 *M* auf Grund der §§ 1360 und 1361 BGB. zu leisten sich verpflichtet hat. Der Angeklagte lebt seit Jahren mit seiner Geliebten zusammen, teilt mit ihr und den beiden mit ihr erzeugten Kindern den Hausstand und verwendet hierauf den 250 *M* betragenden Rest des Monatsgehalts. Dieses Zusammenleben und Zusammenwirtschaften ist einer ehelichen Gemeinschaft nicht gleich zu erachten; dagegen sträuben sich die guten Sitten und die Gesetze, unter Umständen die Strafbestimmung des Art. 50a PStGB. (Konkubinat). Schließt sich das LG. diesen Erwägungen an, dann fehlen die Voraussetzungen, die nach der Anschauung des RG. vorhanden sein müssen, um den durch den Vertrag verfolgten Zweck als durchgreifend, als sittlich und rechtlich erlaubt, erachten zu können. Der Frau S. stehen die nach dem Vertrage vom 31. Mai 1913 ihr zugewendeten Beträge anscheinend aus eigenem Rechte zu; dadurch ist formell dem vom RG. aufgestellten Erfordernisse Rechnung getragen, daß die Beträge rechtlich zu ihrer freien Verfügung bezahlt werden sollen. Nun wird bei den geschilderten tatsächlichen Beziehungen zwischen den Eheleuten S. die Annahme ausgeschlossen sein, daß S. im Ernste seiner Frau, die ihm nur eine Last ist, von seinem Jahresgehalte von 4800 *M* den Betrag von jährlich 3300 *M* zur freien Verfügung stellen wollte; von einer Verwendung dieses Betrags im Interesse der Familie S. kann keine Rede sein, da eine solche nicht vorhanden ist; ebensowenig kann eine rechtliche oder sittliche Verpflichtung der Frau S. in Frage kommen, einen Teil des ihr zugewendeten Betrags von 3300 *M* der Geliebten ihres Mannes und den im Ehebruch erzeugten Kindern zukommen zu lassen, da ihr die vom Gesetz und den guten Sitten verpönte Zumutung gemacht werden müßte, als Ehefrau das ehebrecherische Leben ihres Mannes zu begünstigen. Die Auffassung des RG. und eines Teils der Verfechter dieser Auffassung (neuestens LZ. Bd. 8 S. 1066 ff.) wird von dem Gedanken getragen, daß der Dienstverpflichtete nicht gezwungen werden könne, seine Arbeitskraft den Forderungen seiner Gläubiger zur Verfügung zu stellen, ihnen „seine Arbeit zu opfern“ (S. 1073), daß er dagegen berechtigt ist, seine Arbeit unter Ausschaltung seiner Gläubiger seiner Frau zur Erhaltung des notdürftigen oder standesgemäßen

ehelichen Haushalts zu opfern. Bei den tatsächlich bestehenden Verhältnissen wird sich das LG. die Frage vorlegen müssen, ob S. im Ernste über den Lohn von 1500 *M* jährlich hinaus nur arbeitet, um die Arbeitsmehrleistung von 3300 *M* seiner ihm lästig gewordenen Frau zuzuwenden. Tritt es diesen Erwägungen bei, so stehen in Wirklichkeit dem S. drei Gläubiger gegenüber: seine Frau, der mit einem Vollstreckungstitel versehene, die Vollstreckung betreibende Kaufmann C. und die gleichfalls mit einem Vollstreckungstitel für ihre Unterhaltsforderungen ausgestatteten außerehelichen Kinder und man wird demnach nicht sagen können, daß die Vereinbarungen vom 31. Mai 1913, insbesondere die Zuwendungen an die Frau S. ernstlich gewollt sind. Kommt das LG. zu dieser Auffassung, so wird es zu der rechtlich einwandfreien Feststellung gelangen, daß der Vertrag zwar ein der Auffassung des RG. entsprechendes rechtliches Gewand erhalten hat, in Wirklichkeit aber das gewollte Rechtsgeschäft d. i. die Zuwendung des vollen Gehalts an S. zu dessen freien Verfügung verdeckt. Das LG. wird aber auch zur weiteren Erforschung des wahren Inhalts des Vertrags das diesem vorausgegangene Sonderabkommen berücksichtigen, worin Frau S. ihren Mann ermächtigt, in ihrem Namen bei seinem Arbeitgeber Geld in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren. Darnach ist die Frau S. nicht einmal berechtigt, den ihr angeblich zugewiesenen Betrag in Empfang zu nehmen, vielweniger „aus eigenem Rechte darüber frei zu verfügen"; sie ist nur nach außen die Empfangs- und Verfügungsberechtigte; in Wahrheit steht ihr nicht der geringste Einfluß auf den Gehaltsbetrag von 3300 *M* zu, und mit ihrem monatlichen Unterhaltsbeitrag von 150 *M* ist sie lediglich auf die Vertragstreue ihres Mannes angewiesen. S. nimmt trotz des Vertrags seinen vollen Monatsgehalt in Empfang und verfügt hierüber geradeso, wie zu der dem Vertrage vorausgegangenen Zeit. Kommt das LG. zu dieser Feststellung, so liegt die rechtliche Folgerung nahe, daß durch den Vertrag eine Aenderung in den rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen des S. zu der Firma N. und seiner Frau nicht eingetreten, der Vertrag nur zum Schein abgeschlossen worden ist, und durch ihn die Gehaltsansprüche des S., auch soweit sie den jährlichen Betrag von 1500 *M* übersteigen, aus seinem Vermögen nicht ausgeschieden sind. Dann aber erübrigt sich ein Eingehen auf die Frage, ob in ihnen ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt. (Urteil vom 30. Juni 1914, Rev.-Reg. Nr. 338/1914). Ed.

3444

Landgericht Memmingen.

Aufschluß aus Akten an Ordinariate. Die Schwester eines Pfarrers, die im Pfarrhofe wohnte, gebar außerehelich ein Mädchen. Das Ordinariat verlangte Entfernung von Mutter und Kind aus dem Pfarrhofe, begnügte sich aber auf Bitten mit der Entfernung des Kindes. Dieses wurde weggebracht. Nach einiger Zeit wurde aber das Ordinariat benachrichtigt, daß sich ein ungefähr gleichaltriges Mädchen im Pfarrhofe befinde. Angeblich stammte es von einer anderen Schwester des Pfarrers. Bei der Ortspolizei war es nicht angemeldet. Um unter Anwendung der Kirchenzucht den Pfarrer zur Entfernung des Kindes aus dem Pfarrhofe zu zwingen, ersuchte das Ordinariat das Vormundschaftsgericht um Auskunft über den Aufenthalt des Mündels; dieses weigerte sich, ursprünglich unter Berufung auf das Amtsgeheimnis, später deshalb, weil kein berechtigtes Interesse des Ordinariates i. S. des § 34 FGG. gegeben sei und das glaubhaft gemachte berechtigte Interesse nach § 34 nicht zur Auskunft verpflichte, auch das Interesse des Mündels zur Verweigerung der Auskunft nötige. Das Ordinariat erhob Beschwerde; das Beschwerdegericht erklärte sich für unzuständig und beschloß, die Akten dem Landgerichtspräsidenten vorzulegen:

Aus den Gründen: § 34 FGG. behandelt nur die Akteneinsicht durch Privatpersonen, nicht aber die Einsicht durch Behörden und Beamte im amtlichen Interesse. Die Entscheidung hängt also davon ab, ob das Ordinariat Aufschluß als Behörde und im amtlichen Interesse begehrt. Diese Frage ist zu bejahen. Das Ordinariat ist eine oberhirtliche Behörde zur Behandlung der Diözesanangelegenheiten eines Bistums. (Seydel, Bayer. Staatsrecht 1892, Bd. IV S. 233). Die Gerichte haben die Rechtsstellung eines Ordinariates umschrieben, wie folgt: „Ein Ordinariat ist eine mit allerhöchster Genehmigung von den Bischöfen zur Behandlung der Diözesanangelegenheiten mit Ausschluß der Ehestreitsachen konstituierte Behörde" (Bay. ObLG. Bd. III, 223 und SeuffBl. Bd. 38 S. 88 ff.). Ferner: „Ein Ordinariat ist eine kirchliche Verwaltungsstelle, die sich als Beraterin und Hilfsorgan des Bischofs mit Behandlung der Diözesanangelegenheiten befaßt" (SeuffBl. Bd. 32 S. 280). Die „geistliche Oberbehörde" ist in der II. VerfBeil. vom Staate anerkannt (vgl. §§ 23, 39, 59, 63, 68 usw., Konkordat Art. II und III). Diese Anerkennung ist in Gesetzen vielfach ausgedrückt, zuletzt in der KGO. vom 24. September 1912 (GVBl. S. 911: §§ 8^{II}, 11^{IV}, 14^{II}, 15^{II}, 18^{II}, 23^{IV}: „kirchliche Oberbehörden"). Ein dienstlicher Verkehr der Ordinariate mit den Staatsbehörden („Landesstellen") ist ausdrücklich anerkannt in der AllerhVO. vom 7. Mai 1826 (RegBl. 1826 S. 491 Ziff. 1 a. E.). Durch die §§ 38, 39, 40 II. VerfBeil. ist ein Aufsichts- und Zuchtrecht der kirchlichen Oberen festgestellt. Die Bischöfe haben eine Dienststrafgewalt über ihre Geistlichen (Seydel a. a. O. S. 174 und 276, Konkordat Art. XII Lit. d). An der Ausübung dieser Dienststrafgewalt nimmt der Staat aus Gründen des allgemeinen Wohles lebhaftes Interesse. Deshalb unterstützt er die kirchlichen Behörden (Seydel a. a. O. S. 246). Zur Aufrechthaltung der Kirchenzucht sind die Strafverfolgungsbehörden beauftragt, von Erhebung öffentlicher Klage usw. gegen Geistliche Mitteilung an die vorgesetzte geistliche Behörde zu machen. (JMBl. 1910 S. 1001 Nr. II, dazu JMBl. 1913 S. 695 Nr. 5).

Hier hat somit eine vom Staate anerkannte Behörde im amtlichen Interesse um Aufschluß gebeten. Die Beschwerde des Ordinariats ist keine Beschwerde nach §§ 19 ff. FGG. Auch keine Rechtshilfe — weder im technischen noch im weitesten Sinne des Begriffes — kommt in Frage. Es handelt sich vielmehr um das Ersuchen einer Behörde an eine andere und um die Beschwerde einer Behörde über eine andere in einer Ermessensfrage. Landesrechtliche Vorschriften (Gesetz oder Verordnung) fehlen. Art. 129 AG. BGB. und Art. 7 AG. GVG. treffen nicht zu. Art. 3 AG. ZPO. beschränkt sich auf die streitige Gerichtsbarkeit. Die analoge Anwendung des im § 299^{II} ZPO. enthaltenen Grundsatzes, daß die Gewährung von Akteneinsicht (also auch die Erteilung von Auskunft aus den Akten) Sache des Gerichtsvorstandes, also der Justizverwaltung ist, nötigt jedoch dazu, die Beschwerde gegen Verweigerung der Auskunft als eine Dienstaufsichtsbeschwerde zu behandeln, zu deren Verbescheidung die Beschwerdekammer nicht zuständig ist. (Beschl. vom 20. April 1914, Beschw.-Reg. 40/14). M—r.

3387



Bücheranzeigen.

Kriegs-, Zivil- und Finanzgesetze vom 4. August 1914. Die außerordentlichen reichsgesetzlichen Bestimmungen mit den amtlichen Begründungen, Bekanntmachungen und Ausführungsbestimmungen und den angezogenen Gesetzesstellen. 116 Seiten. Berlin 1914, J. Guttentag. Gebd. Mk. 1.50.

Die Ausgabe enthält die Gesetze und Verordnungen, die der im August 1914 begonnene Krieg veranlaßt hat. Rein militärische Gesetze sind nicht aufgenommen. Zur Erläuterung ist die amtliche Begründung beigegeben. Die Raschheit, mit der die Guttentagsche Verlagsbuchhandlung wieder auf dem Plan erschienen ist, ist anzuerkennen. Allerdings hat die Schnelligkeit zur natürlichen Folge gehabt, daß die allerletzten Bekanntmachungen des Bundesrats und des preußischen Ministeriums nicht aufgenommen werden konnten. Immerhin wird sich der preußische Jurist der Ausgabe mit Vorteil bedienen.

München. Rechtsanwalt Dr. Rudolf Wassermann.

Die Kriegsnotgesetze vom 4. August 1914. Textausgabe. 52 Seiten. München 1914. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Kartonniert Mk. 1.—

Das Büchlein enthält außer den Gesetzen auch die Bekanntmachungen, die der Bundesrat auf Grund des Ermächtigungsgesetzes bis zum 18. August ds. Js. erlassen hat.

Clarus, Dr. Gerhard, Syndikus der Handelskammer in Regensburg. Die Konkursverbrechen nach dem Gegenentwurf verglichen mit dem geltenden Recht. 48 Seiten. München, Berlin und Leipzig 1914, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). 1.20

Eine sachkundige, in der Hauptsache zustimmende Besprechung der (im Anhang abgedruckten) in den Vorentwurf leider nicht aufgenommenen konkursrechtlichen Strafbestimmungen des Gegenentwurfs. Dr.

Gesetzgebung und Verwaltung.

In dem bayer. **Gesetz über den Kriegszustand** vom 5. Nov. 1912 sind durch den § 17 RG. gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juni 1914 die in Art. 4 Nr. 3 und Art. 6 Nr. 6 angeführten Vorschriften der §§ 1—5 des gleichnamigen Gesetzes vom 3. Juli 1893 durch die entsprechenden Vorschriften der §§ 1—5 des neuen Gesetzes ersetzt worden. In den §§ 6, 7 und 10 enthält das Gesetz von 3. Juni 1914 neue Strafbestimmungen für Handlungen, zu deren Aburteilung der Natur der Sache nach die standrechtlichen Gerichte berufen sind. Das bayerische Gesetz vom 6. August d. Js. betr. die Aenderung des Gesetzes über den Kriegszustand (GVBl. S. 349) dehnt die Zuständigkeit der standrechtlichen Gerichte entsprechend aus und stellt außerdem die Verweisungen auf das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse durch Anführung des neuen Gesetzes richtig.

Die der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Frage, wer die **Dienstaufsicht über die Gewerbe- und die Kaufmannsgerichte** zu führen hat — wir zählten in Bayern Ende des vorigen Jahres 72 Gewerbe- und 30 Kaufmannsgerichte — war bisher in Bayern gesetzlich nicht geregelt. Das Gesetz vom 11. August 1914 (GVBl. S. 369) hat nun in Art. 1 bestimmt, daß die Dienstaufsicht von den Landgerichten nach den Anordnungen des Justizministeriums geführt wird. Wie gegenüber den Amtsgerichten, so werden die Landgerichte nun auch gegenüber den Gewerbe- und den Kaufmannsgerichten die ordnungsmäßige Ausführung der Geschäfte überwachen (AG. GVG. Art. 71 Abs. 1 Halbs. 1), und Beschwerden der Beteiligten gegen diese Gerichte und deren Mitglieder wegen Verzögerung oder Verweigerung der Rechtspflege können bei den Landgerichten angebracht werden (Art. 73 Abs. 1, 2 a. a. O.). Die Grenzen, die zur Wahrung der Unabhängigkeit der Rechtspflege der Justizverwaltung bei ihrer Dienstaufsicht gegenüber den ordentlichen Gerichten gezogen sind, bestehen selbstverständlich auch gegenüber den Gewerbe- und den Kaufmannsgerichten. Auch haben die Landgerichte gegen die Mitglieder dieser Gerichte und deren Kanzleipersonal keine Ordnungsstrafgewalt. Soweit nicht die Vorschriften der §§ 21, 23 GGG. und der § 15 KGG. über die Amtsentsetzung der Mitglieder und über die Beschwerde wegen Ordnungsstrafen gegen Beisitzer Platz greifen, bestimmt sich das Disziplinarrecht nach den für den Beamten geltenden allgemeinen Dienstvorschriften; für Gemeindebeamte ist also das Gemeindebeamtenrecht maßgebend. Nicht berührt werden durch das Gesetz die Zuständigkeiten, die das GGG. und das KGG. der „Landeszentralbehörde" und den „höheren Verwaltungsbehörden" (Staatsministerium des K. Hauses und des Aeußern, Kreisregierungen, K. d. J.) überträgt. Die Innungen und die Innungsschiedsgerichte (§ 84 GGG.) üben keine selbständige Gerichtsbarkeit aus, sondern entscheiden nur vorbehaltlich des Rechtswegs (GewO. §§ 81a Nr. 4, 81b Nr. 4, 91—91b); sie stehen also den ordentlichen Gerichten nicht gleich und sind der Dienstaufsicht der Landgerichte nicht unterstellt. — Die Errichtung von Gewerbe- und Kaufmannsgerichten zu erleichtern ist der Zweck des Art. 2 des Ges., wonach mit Zustimmung der Justizverwaltung solche Gerichte an Amtsgerichte angegliedert werden können. Die Gerichte werden auch in diesem Fall als selbständige Sondergerichte errichtet; es wird jedoch von der Gemeinde ein Richter des AG. als Vorsitzender bestellt und im Statut bestimmt, daß die Gerichtsschreibergeschäfte von der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts besorgt werden und das Gericht in den Räumen des Amtsgerichts amtiert. Der Satz 2 des Art. 2 verpflichtet die Richter des Amtsgerichts sich von den Gemeinden (GGG. § 12 Abs. 2, KGG. § 11 Abs. 2) als Vorsitzende bestellen zu lassen; für die nichtrichterlichen Beamten des Amtsgerichts ergibt sich die Möglichkeit, sie mit dem Gerichtsschreiber-, Zustellungs- und Vollstreckungsdienst des Gewerbe- oder Kaufmannsgerichts zu beauftragen, aus § 19 BeamtG. Die Einnahmen des Gewerbe- oder Kaufmannsgerichts gebühren auch im Falle der Angliederung an das Amtsgericht der Gemeinde (§ 9 Abs. 2 GGG., § 8 Abs. 3 KGG.); Staat und Gemeinde werden sich darüber zu einigen haben, wieweit diese zu den durch die Angliederung dem Staat entstehenden Kosten beizutragen hat.

Eine Neuerung auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung hat auch das bayer. Gesetz vom 21. August 1914, betr. die **Abänderung des AG. GVG.**, gebracht (GVBl. S. 415): es entlastet durch einen Zusatz zu Art. 35 die Schwurgerichte von einem Teile der Sachen, die nach dem Wortlaut, aber nicht nach dem Zwecke des Art. 35 bisher als Preßdelikte zu ihrer Zuständigkeit gehörten, nämlich von den Anklagen wegen der durch die Presse begangenen Vergehen nach dem Ges. gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Ges. zum Schutze der Warenbezeichnungen.

3446

Verantwortl. Herausgeber i. V.: E. Eckert, Landgerichtsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 20 u. 21. München, den 1. November 1914. 10. Jahrg.

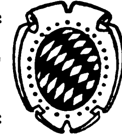
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Die Novelle zum Handelsgesetzbuche.

Von Landgerichtsrat A. Bedall in München.

Am 1. Januar 1915 tritt das Gesetz vom 10. Juni 1914 betr. die Aenderung der §§ 74, 75, 76 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs in Kraft (RGBl. Nr. 35/1914). Das Gesetz bringt eine Reihe neuer Bestimmungen, die sich auf die Konkurrenzklausel der Handlungsgehilfen oder, wie sich das neue Gesetz deutsch ausdrückt, auf das „Wettbewerbverbot" beziehen. Die Bestimmungen sind beschränkt auf die Handlungsgehilfen, teilweise finden sie auf Handlungslehrlinge und Volontäre Anwendung.

Handlungsgehilfe ist nach § 59 HGB., wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist; bezüglich der näheren Definition und Unterscheidung des Handlungsgehilfen von den übrigen Gehilfen eines Kaufmanns ist zu vergleichen Staub, Komm. z. HGB. § 59 Anm. 7 ff. Auf andere Personen, Prokuristen, Handlungsagenten, Handlungsreisende (§ 55 HGB.) ꝛc. finden die Bestimmungen wie bisher keine Anwendung.

I. Bisheriges Recht.

1. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch enthielt besondere Bestimmungen über ein Wettbewerbverbot nach Beendigung des Dienstverhältnisses nicht. Art. 59 besagte nur: „Ein Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen. In dieser Beziehung kommen die für den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten geltenden Bestimmungen (Art. 56) zur Anwendung. Diese Bestimmungen bezogen sich nur auf die Dauer des Dienstverhältnisses. Doch wurden damals auch schon Verträge zwischen einem Handlungsbevollmächtigten und Prinzipal geschlossen, inhaltlich deren ersterer nach Beendigung des Dienstverhältnisses eine gewisse Frist hindurch in einem bestimmten Bezirk ein Konkurrenzgeschäft bei hoher Vertragsstrafe weder gründen, noch sich an einem solchen beteiligen durfte; diese Verträge waren zulässig, vorausgesetzt, daß durch die Höhe der Strafe, die allzulange Dauer der Frist und die allzu weite Bezirksbestimmung nicht das Maß guter Sitten überschritten wurde. Solche Verträge konnten in Anwendung der Schlußbestimmung des Art. 59 auch mit Handlungsgehilfen geschlossen werden (vgl. Gareis-Fuchsberger, Allg. Deutsches HGB. Art. 56 und 59 Anm. 97).

2. Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hat in §§ 74 und 75 die Vereinbarungen zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen über Beschränkungen der gewerblichen Tätigkeit des letzteren für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses näher geregelt; Anlaß zu dieser Regelung gab die Tatsache, daß mit den Konkurrenzklauseln bedeutender Mißbrauch getrieben und den Gehilfen vielfach das fernere Fortkommen weit über das berechtigte Interesse des Prinzipals hinaus erschwert wurde. § 74 erklärt solche Vereinbarungen für den Handlungsgehilfen nur insoweit bindend, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird, und die Beschränkung darf sich nur auf einen Zeitraum bis zu drei Jahren von Beendigung des Dienstverhältnisses an beziehen. Während das frühere Recht nur darauf Rücksicht nahm, daß das Maß der guten Sitten nicht überschritten wurde, liegt hier der Hauptton auf dem Ausschluß der unbilligen Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen. Wann hier die Grenzen der Billigkeit überschritten werden, kann nur im Einzelfalle gesagt werden. Die geschäftlichen Verhält-

nisse des Prinzipals einerseits, auch sein berechtigtes Interesse nach der Besonderheit des Betriebes, die Verhältnisse des Gehilfen andererseits, auch seine Gehaltsbezüge und sonstigen Vermögensverhältnisse können dabei maßgebend sein, ebenso die Erwägung, ob sich der Gehilfe unschwer auf anderen Gebieten betätigen kann. Durch die Einschränkung, daß die Vereinbarungen nur insoweit verbindlich sind, als die Grenzen der Billigkeit nicht überschritten sind, ist gesagt, daß die Vereinbarungen nur hinsichtlich des Uebermaßes unverbindlich sind, daß also der Richter das Verbot inhaltlich ermäßigen, seine Grenzen so festsetzen muß, daß der Billigkeit entsprochen ist; hiebei sind auch wieder die beiderseitigen Verhältnisse zu berücksichtigen; die Einschränkung kann hinsichtlich des Geschäftszweigs, der Zeitdauer, der Beschäftigungsart und der räumlichen Geltung erfolgen. Unter Umständen kann natürlich auch die ganze Konkurrenzklausel für ungültig erklärt werden, wenn auf anderem Wege eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen nicht zu beseitigen ist oder wenn die Vereinbarung der Konkurrenzklausel überhaupt gegen die guten Sitten verstößt; unzulässig ist auch die Beschränkung, wenn der Prinzipal kein begründetes Interesse an der Konkurrenzklausel hat, denn es ist unbillig, daß der Prinzipal die Erwerbsfreiheit des Gehilfen weiter beschränkt, als dies in seinem Interesse nötig ist.

Nach Abs. 3 des § 74 ist die Vereinbarung nichtig, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist, und zwar unter allen Umständen, auch wenn der gesetzliche Vertreter sie mitabschließt oder genehmigt; sie wird nur gültig, wenn der Handlungsgehilfe nach erlangter Volljährigkeit sie genehmigt.

§ 75 bestimmt dann die Fälle der Vertragsbeendigung, für welche die Konkurrenzklausel nicht gilt, und die Folgen der Uebertretung des Verbots im Falle der Vereinbarung einer Vertragsstrafe.

Die Konkurrenzklausel gilt grundsätzlich für alle Fälle der Vertragsbeendigung, also insbesondere, wenn die vereinbarte Zeit abläuft oder der Vertrag durch beiderseitige Vereinbarung vorzeitig aufgelöst oder vom Gehilfen gekündigt wird; in zwei Ausnahmen soll aber die Konkurrenzklausel nicht gelten: wenn nämlich der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehilfen Grund gibt, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70 und 71 ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzulösen, und wenn der Prinzipal kündigt. Im ersten Falle genügt nicht, daß zur Auflösung des Dienstverhältnisses ein wichtiger Grund vorliegt, sondern der Handlungsgehilfe muß einseitig wegen vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals das Dienstverhältnis aufheben; unter vertragswidrigem Verhalten ist schuldhafte Pflichtverletzung zu verstehen, nicht bloß objektive Vertragswidrigkeit, welch letztere nur zur sofortigen Kündigung berechtigt (Staub § 70 Anm. 18). Von dem zweiten Ausnahmefall, wonach bei Kündigung durch den Prinzipal die Konkurrenzklausel nicht gilt, sind wieder Ausnahmen zugelassen: wenn ein erheblicher, von dem Prinzipal selbst nicht verschuldeter Anlaß für die Kündigung vorliegt, wobei nicht ein Verschulden des Gehilfen vorausgesetzt wird, sondern auch vernünftige, kaufmännische Erwägung die Kündigung des Dienstvertrages veranlassen kann, und ferner, wenn der Prinzipal dem Handlungsgehilfen während der Dauer der Beschränkung das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortzahlt; der Prinzipal, der ohne erheblichen Anlaß kündigt, kann sich die Geltung der Konkurrenzklausel dadurch erkaufen.

§ 75 enthält dann die weiteren Bestimmungen, daß der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen kann, wenn vom Handlungsgehilfen für den Fall der Nichterfüllung der in der Vereinbarung übernommenen Verpflichtung eine Strafe versprochen ist; Anspruch auf Erfüllung oder Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen; eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe kann nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.

Vereinbarungen, welche den Vorschriften des § 75 zuwiderlaufen, sind für nichtig erklärt.

Nach § 76 Abs. 1 finden diese Bestimmungen auch auf den Handlungslehrling Anwendung, d. i. ein in einem Handelsgewerbe zum Zwecke der kaufmännischen Ausbildung und zur Leistung der erlernten Dienste durch Vertrag Angestellter. Vertragliche Konkurrenzklauseln mit den Handlungslehrlingen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses werden meist ungültig sein, weil der Handlungslehrling gewöhnlich minderjährig ist und daher jede Vereinbarung, auch die mit dem gesetzlichen Vertreter nichtig ist; es müßte denn der Handlungslehrling als solcher noch volljährig werden und die Vereinbarung genehmigen.

(Vgl. Staub, Anm. zu §§ 74, 75, 76).

II. Das neue Recht.

Die bisherigen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs sind zwar nicht ohne günstige Wirkung geblieben, haben aber die Kaufleute doch nicht von umfassenden und drückenden Konkurrenzbeschränkungen abzuhalten vermocht; die Konkurrenzklausel dient tatsächlich nicht nur als Schutz gegen eine unlautere Verwertung von Kenntnissen und Beziehungen, die sich der Gehilfe in dem Betriebe des Prinzipals erworben hat, sondern ihr eigentlicher Zweck ist vielfach nur der, dem Konkurrenten die Möglichkeit zu nehmen, gut ausgebildete Hilfskräfte für sein Geschäft zu finden; dadurch wird sie zu einer Beschränkung und Unterdrückung des freien Wettbewerbs überhaupt benützt und übt einen Druck auf die Gehaltsverhältnisse aus. Die berechtigte Absicht der Kaufleute, sich gegen die

Konkurrenz zu schützen, wird von diesen auf Kosten der Gehilfen verfolgt. Daher wird schon seit mehreren Jahren eine Aenderung dieser Vorschriften in den Kreisen der Gehilfen dringend befürwortet, zumal der Handlungsgehilfe, der nach seiner Meinung einen wenigstens teilweise unverbindlichen Vertrag eingegangen hat, bei Antritt einer neuen Stelle oder im Falle der Absicht der Selbständigmachung vor die Notwendigkeit gestellt ist, entweder erst durch Richterspruch feststellen zu lassen, ob und inwieweit sein bisheriger Vertrag unverbindlich ist, oder die Gefahr auf sich zu nehmen, das Wettbewerbverbot zu übertreten und hernach eventuell die vielleicht hohe Vertragsstrafe zu zahlen.

Die Verbände der Handlungsgehilfen hatten beantragt, die Konkurrenzklausel ganz zu verbieten; bei der Beratung des Gesetzentwurfes wurde dieser Antrag vielfach befürwortet; es kann hier auf die Gründe, die für und gegen die Aufhebung geltend gemacht worden sind, nicht weiter eingegangen werden, die verbündeten Regierungen haben ein Verbot der Konkurrenzklausel glatt abgelehnt, und es sind gewiß eine Reihe von Umständen vorhanden, die für Erhaltung der Konkurrenzklausel auch bei den Handlungsgehilfen sprechen können; das Gesetz hat aber die Fälle der Konkurrenzklausel im allgemeinen erheblich eingeschränkt; es soll ein Konkurrenzverbot nur dann vereinbart werden, wenn ein wirklich erhebliches und schutzbedürftiges Interesse dafür vorliegt; damit aber der Prinzipal dieses Interesse nicht einseitig behaupten und bestimmen kann, wird ihm ein Opfer auferlegt, das er für die dem Gehilfen auferlegte Beschränkung zu bringen hat, und nach diesem Opfer muß er bemessen, ob sein Interesse an dem Konkurrenzverbot so groß ist, daß es die Beschränkung des Gehilfen rechtfertigt. Es ist dies der Grundsatz der bezahlten Karenz; der Prinzipal hat dem Gehilfen für die ihm durch die Konkurrenzklausel auferlegten Beschränkungen eine besondere Entschädigung während der Dauer der Beschränkungen zu gewähren.

Art. I § 74.

Für die bisherigen Verträge mit dem Handlungsgehilfen war eine Form nicht vorgeschrieben worden, sie konnten mündlich geschlossen werden, es konnte der Vertrag in einem Exemplar ausgefertigt werden, das der Prinzipal zu sich nahm; vielfach war die Konkurrenzklausel in Vertragsformularen enthalten, wurde daselbst mechanisch ausgefüllt und ohne besondere Ueberlegung unterschrieben. Da es aber für den Handlungsgehilfen von Wichtigkeit ist, über den Inhalt einer ihn bindenden Konkurrenzvereinbarung genau unterrichtet zu sein, bestimmt das neue Gesetz (§ 74 I), daß eine solche Vereinbarung der schriftlichen Form bedarf und dem Gehilfen in einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde ausgehändigt werden muß. Da die Vereinbarung von der Schriftform und der Aushändigung der Urkunde abhängig ist, ergibt sich, daß eine nur mündliche Vereinbarung so lange ungültig ist, als nicht diesen beiden Erfordernissen Genüge geschieht; für den Prinzipal ergibt sich dadurch die Notwendigkeit, daß sofort mit dem Abschlusse des Anstellungsvertrages auch diese Vereinbarung schriftlich niedergelegt und die Urkunde dem Gehilfen ausgehändigt wird, da bei Verzögerung, namentlich bis nach Antritt der Stelle der Gehilfe die Unterzeichnung ablehnen könnte, ohne daß dadurch der Anstellungsvertrag selbst ungültig würde; denn nur die Konkurrenzvereinbarung bedarf der Schriftform und der Aushändigung der Urkunde. Das Gesetz spricht nur von Vereinbarungen zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen, etwaige gültige Nebenverträge, die mit anderen Personen, dem Vater u. dgl. abgeschlossen werden, wie eine selbstschuldnerische Bürgschaft, werden durch das Gesetz nicht berührt.

Absatz II des § 74 enthält dann den Grundsatz der bezahlten Karenz: Der Prinzipal muß sich verpflichten, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht; ohne diese Verpflichtung des Prinzipals ist das Wettbewerbverbot nicht verbindlich.

§ 74 a und b.

Das bisherige Gesetz hat Wettbewerbverbote insoweit zugelassen, als eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen ausgeschlossen ist; dieser Grundsatz ist im wesentlichen auch jetzt beibehalten, er ist in Einklang gestellt mit dem Grundsatze der bezahlten Karenz; das Wettbewerbverbot ist unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Die Einschränkung kann also, wie bisher, hinsichtlich des Geschäftszweiges, der Zeitdauer, der Beschäftigungsart und der räumlichen Geltung erfolgen; bei der Frage, ob solche Einschränkungen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Verhältnisse billig oder unbillig sind, inwieweit dabei die Grenzen der Billigkeit überschritten sind und inwieweit der Richter das Verbot inhaltlich ermäßigen kann, ist aber auch Rücksicht zu nehmen auf die von dem Prinzipal zu gewährende Entschädigung; gerade diese Entschädigung kann ein Verbot weniger unbillig erscheinen lassen, weil der Nachteil, den der Gehilfe durch das Verbot erleidet, durch die Entschädigung wieder aufgehoben werden kann.

Bemerkenswert ist, daß bisher zur Unverbindlichkeit des Wettbewerbverbots erforderlich war, daß eine übermäßige Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand vorlag; das neue Gesetz spricht von der unbilligen Erschwerung des Fortkommens

des Gehilfen nach Ort, Zeit oder Gegenstand; es soll damit jeder einzelne dieser drei Umstände für die Einschränkung einer hierin überspannten Konkurrenzklausel ausreichen, natürlich unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung.

Das Gesetz geht aber weiter; der eben ausgeführte Grundsatz ist an zweite Stelle gerückt, an erster Stelle kommt das zum Ausdruck, was bisher nur auslegungsweise als unzulässige Beschränkung angenommen wurde, wenn nämlich der Prinzipal kein begründetes Interesse an der Konkurrenzklausel hat; das neue Gesetz sagt, daß das Wettbewerbverbot insoweit unverbindlich ist, als es nicht zum Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient — § 74 a Abs. 1. Mit dieser Fassung sollten die Fälle ohne schutzbedürftige Interessen ausgeschieden werden; sie ist das Kompromiß einer Reihe von Anträgen, die bei der Beratung in der Kommission gestellt wurden; man wollte einerseits nur gelten lassen den Schutz wirklicher Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, den Schutz vor Verwertung dieser und sonstiger wirtschaftlicher Werte, die zum wohlerworbenen Besitzstande gerade dieses Geschäftes gehören, ein besonderes berechtigtes Interesse an der Verhinderung gerade der streitigen Konkurrenztätigkeit, andererseits glaubte man ein wichtiges geschäftliches Interesse nur dann als vorliegend ansehen zu sollen, wenn sich der Handlungsgehilfe in der Stellung eines Geschäftsführers, Betriebsleiters befindet, der Einblick in die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hat, oder wenn er ein Gehalt von entsprechender Höhe bezieht, so daß hieraus die Vertrauensstellung gefolgert werden kann. Nun muß aber gesagt werden, daß sich eine genaue Fassung, die für jeden Einzelfall paßt, schwer finden läßt; über die Zulässigkeit des Verbots läßt sich meist erst in concreto entscheiden, wenn die Vereinbarung durch den Austritt aus der Stellung praktisch geworden ist; es kann sein, daß beim Anstellungsvertrag eine Vertrauensstellung mit Einblick in die Geschäfts- und Betriebsverhältnisse geplant war, daß aber aus irgendwelchen Gründen dann eine anderweitige Verwendung stattfand, so daß erst beim Austritt sich zeigt, ob aus der Tätigkeit des Gehilfen in dem Geschäftsbetriebe sich ein Wettbewerbverbot rechtfertigt. Aus diesem Grunde ist jedenfalls die allgemeine Fassung zu billigen. Bei der Feststellung, ob ein berechtigtes geschäftliches Interesse des Prinzipals vorliegt, wird zu erwägen sein, ob der Handlungsgehilfe in der ihm verbotenen Konkurrenztätigkeit Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder sonstige wirtschaftliche Werte dieses besonderen Geschäftes verwerten kann, und inwieweit nach Zeit, Ort oder Gegenstand die Geschäftsgeheimnisse des Prinzipals verletzt werden können und ein besonderer Schutz deshalb gerechtfertigt ist.

Ein Antrag hatte vorgesehen, der Prinzipal sollte sein besonderes berechtigtes Interesse an der Verhinderung gerade der streitigen Konkurrenztätigkeit nachweisen; dieser Wortlaut bringt die Beweisfrage ins Rollen; nach der Fassung des Gesetzes ist kein Zweifel, daß der Gehilfe, der die ganze oder teilweise Unverbindlichkeit des Verbots geltend machen will, behaupten und auch mit Beweis vertreten muß, daß ein zu schützendes, berechtigtes, geschäftliches Interesse des Prinzipals nicht vorliegt; er muß dartun, wie seine Stellung war, was er zu arbeiten hatte, inwieweit er Einblick in das Geschäft und den Betrieb bekam; dem Prinzipal steht dann der Gegenbeweis zu. Der Prinzipal wird allerdings dadurch genötigt, vor Gericht seinen Geschäftsbetrieb zu offenbaren, wenn er das Wettbewerbverbot rechtfertigen will; denn der Handlungsgehilfe, der durch Klage oder Einrede die Unverbindlichkeit des Wettbewerbverbots behauptet, wird das Vorhandensein eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals ableugnen und darzutun versuchen, daß bei ihm von einer Vertrauensstellung und von Einblick in besondere Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht die Rede war; demgegenüber bleibt dem Prinzipal nichts übrig, als seinen Geschäftsbetrieb und seine Geheimnisse zu offenbaren, um zu rechtfertigen, daß sein geschäftliches Interesse eines besonderen Schutzes bedarf. Man muß hier aber erwägen, daß derartige Offenbarungen auch in anderen Prozessen vorkommen, daß auch bisher der Prinzipal sein begründetes Interesse an der Konkurrenzklausel nachzuweisen hatte und daß auch in anderen Fällen, wenn die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe nach § 343 BGB. in Frage steht, der Gläubiger zum Nachweise seines berechtigten Interesses genötigt werden kann, weil der Schuldner nur die unverhältnismäßige Höhe zu beweisen hat. Das Bestreben des Gesetzes geht eben dahin, die Konkurrenzklausel nach Möglichkeit einzuschränken und durch sie nur wirklich schutzberechtigte Interessen zu schützen.

Die zeitliche Beschränkung des Verbots, die bisher auf drei Jahre von der Beendigung des Dienstverhältnisses an festgesetzt war, ist im neuen Gesetze auf zwei Jahre bestimmt — § 74 a Abs. 1. Infolgedessen wird wohl die bereits besprochene Unverbindlichkeit des Verbots in Ansehung der Zeit ziemlich selten sein; denn, wenn ein wirklich schutzbedürftiges Interesse des Prinzipals vorhanden ist und dieser zum Schutze seiner Interessen bereit ist, das Opfer zu bringen, an den Gehilfen zwei Jahre lang Entschädigung zu zahlen, dann wird im allgemeinen wohl gesagt werden können, daß das Interesse des Prinzipals auch eines zweijährigen Schutzes bedarf.

Trotzdem das Gesetz von dem Grundsatze ausging, daß ein völliges Verbot der Konkurrenzklausel nicht angängig sei, und trotzdem die bisher besprochenen Kautelen eine sehr erhebliche Einschränkung derselben notwendigerweise nach sich ziehen, hat das Gesetz doch noch ein direktes Verbot der Konkurrenzklausel aufgestellt; das Wettbewerb-

verbot ist nichtig, wenn die dem Gehilfen zustehenden jährlichen vertragsmäßigen Leistungen den Betrag von *M* 1500 nicht übersteigen — § 74a Abs. 2. Mit dieser Bestimmung kam man den Anregungen auf Festsetzung einer Mindestgehaltsgrenze entgegen, man wollte damit aber eigentlich nicht eine Mindestgehaltsgrenze schaffen, sondern eine bestimmte Kategorie freigeben; erwähnt wurden die niedrig besoldeten in Warenhäusern beschäftigten Angestellten, die Handlungsgehilfen bei kleineren und mittleren Kaufleuten in Landstädten; die Gehaltsgrenze von *M* 1500 deckt sich zudem mit der Pfändungsgrenze des § 850 ZPO.; deshalb war auch die beantragte Erhöhung auf *M* 1800 von den verbündeten Regierungen abgelehnt worden, um nicht eine andere Gruppe von Angestellten hereinzuziehen und so das Bestreben nach Ausdehnung wachzurufen; auch sollte verhindert werden, daß der Prinzipal zur Zahlung des Mindestgehalts genötigt würde, um das Wettbewerbverbot zu erlangen, da auch für den kleinen Kaufmann in Landstädten, der nur geringe Gehälter zahlen kann, das Bedürfnis und die Notwendigkeit einer Konkurrenzklausel bestehen kann. Die Angestellten mit einem Gehalt bis *M* 1500 sind dagegen diejenigen, die durch Verwertung dessen, was sie im Geschäfte des Prinzipals gesehen und gelernt haben, die Interessen desselben nicht schädigen können.

Wie bereits erwähnt, ist das Wettbewerbverbot nicht wirksam, wenn sich nicht der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht. Die vertragsmäßigen Leistungen sind häufig nicht fest bestimmt, sie bestehen in Provisionen, Verkaufsprämien, Tantiemen u. dgl., sind daher in einem Jahre höher, im anderen niedriger; das Gesetz bestimmt deshalb, daß die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen, soweit sie in einer Provision oder in anderen wechselnden Bezügen bestehen, bei der Berechnung der Entschädigung nach dem Durchschnitt der letzten drei Jahre anzusetzen sind. Wenn die für die Bezüge bei der Beendigung des Dienstverhältnisses maßgebende Vertragsbestimmung noch nicht drei Jahre bestanden hat, so erfolgt der Ansatz nach dem Durchschnitt des Zeitraumes, für den die Bestimmung in Kraft war — § 74b Abs. 2. Das Gesetz hat auch hier mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der vorkommenden Entlohnungen es unterlassen, eine Detaillierung aufzustellen, die Ausdrücke Provision oder andere wechselnde Bezüge sind nur eine Umschreibung für die vertragsmäßigen Leistungen, die dem Betrage nach nicht genau bestimmt sind; es kommen aber nur die vertragsmäßigen Leistungen in Frage, diejenigen, die nach dem Vertrage ausdrücklich zugesichert oder mit Rücksicht auf die Verkehrssitte oder sonstige Umstände als stillschweigend vereinbart anzusehen sind; Gratifikationen aus Anlaß eines Geschäftsjubiläums oder eines Familienfestes des Prinzipals spielen keine Rolle.

Unter den Bezügen sind diejenigen von Bedeutung, aus welchen der Handlungsgehilfe besondere Auslagen zu bestreiten hat, wie Reisekosten, Aufwand außerhalb des Aufenthaltsortes, Nachtquartier; soweit Bezüge zum Ersatze besonderer Auslagen dienen sollen, die infolge der Dienstleistung entstehen, bleiben sie außer Ansatz — § 74b Abs. 3. Es sind also nicht die gesamten Beträge der Reisespesen anzusetzen, sondern diese Bezüge nur insoweit, als die Auslagen, zu deren Deckung die Reisespesen bestimmt sind, auch ohne die Reise entstanden sein würden; was der Gehilfe für seine Ernährung in seinem Wohnort aufwenden müßte, ist bei der Berechnung der Entschädigung in Rechnung zu stellen.

Wie bisher ist das Wettbewerbverbot nichtig, wenn der Gehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist; wenn der Gehilfe volljährig wird und es ausdrücklich genehmigt, kann es natürlich gültig werden; man wird aber hier nach § 74 Abs. 1 wohl verlangen müssen, daß die schriftliche Vereinbarung und Aushändigung der Urkunde nach eingetretener Volljährigkeit besonders erfolgen muß, so daß ein neuer Abschluß vorliegt und eine mit dem Minderjährigen getroffene Vereinbarung wertlos ist, selbst wenn sie vom gesetzlichen Vertreter gebilligt wird. Die Nichtigkeit wurde aber auch auf Wettbewerbverbote ausgedehnt, die mit volljährigen Handlungsgehilfen abgeschlossen werden, dann, wenn sich der Prinzipal die Erfüllung auf Ehrenwort oder unter ähnlichen Versicherungen versprechen läßt — § 74a Abs. 2; hiedurch wird ein sonst ganz oder teilweise verbindliches Wettbewerbverbot nichtig.

Das Gesetz erklärt dann weiter auch die Vereinbarung für nichtig, durch die ein Dritter an Stelle des Gehilfen die Verpflichtung übernimmt, daß sich der Gehilfe nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränken werde, § 74a Abs. 3; es soll damit verhindert werden, daß der Angestellte um die Vorteile des Gesetzes gebracht wird, indem an Stelle eines nach dem Gesetze ungültigen Vertrags zwischen dem Prinzipal und ihm ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen wird; denn wenn auch der Vertrag nur ein höchst persönlicher zwischen Prinzipal und Gehilfen ist, so ist doch denkbar, daß ein Dritter aus Sorge um die Existenz des Stellungsuchenden ein Abkommen mit dem Prinzipal schließt, das sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften hält, und das der Angestellte nach Beendigung des Dienstverhältnisses mit Rücksicht auf sein persönliches Verhältnis zu dem Dritten zu halten genötigt ist; einer solchen Umgehung des Gesetzes soll vorgebeugt werden. Bürgschaften für gültige Konkurrenzklauseln oder solche, die teilweise gültig sind, sind natürlich in demselben Umfange gültig, wie der Vertrag selbst.

Das Gesetz erwähnt schließlich noch ausdrücklich, daß die Vorschriften des § 138 BGB. über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen die guten Sitten verstoßen, unberührt bleiben — § 74 a Abs. 3.

Ueber die Bezahlung der dem Handlungsgehilfen für das Wettbewerbverbot zu gewährenden Entschädigung ist bestimmt, daß sie am Schlusse jedes Monats, also zu 1/12 des Jahresbetrags, zu erfolgen hat — § 74 b Abs. 1. Diese Bestimmung entspricht dem § 64 HGB., wonach der Gehalt des Handlungsgehilfen ebenfalls am Schlusse jedes Monats zu zahlen ist. Der Verzug des Prinzipals in der Zahlung der Entschädigung gibt dem Handlungsgehilfen die Rechte aus § 326 BGB.

§ 74 c.

Das Wettbewerbverbot ist grundsätzlich unwirksam, wenn der Prinzipal dem Gehilfen kündigt (§ 75 des Gesetzes in alter und neuer Fassung); die Konkurrenzklausel äußert also ihre volle Wirkung nur dann, wenn der Gehilfe kündigt. Ein zulässiges Wettbewerbverbot darf das Fortkommen des Gehilfen, auch wenn dieser seine Stelle wechseln will, nicht unbillig erschweren; es wäre aber auch unbillig, dem Prinzipal die Zahlung einer Entschädigung in der Höhe des halben bisherigen Gehalts aufzuerlegen, wenn das Fortkommen des Gehilfen nicht erschwert ist, dieser eine bessere Stelle erhält und vielleicht sogar deshalb gekündigt hat, weil ihm eine besser bezahlte Stelle angeboten war, die sich mit der Konkurrenzklausel verträgt; ebenso ist es nicht angängig, daß der Handlungsgehilfe es unterläßt, mit Rücksicht auf die ihm zu gewährende Entschädigung eine andere Stelle zu suchen. Das Gesetz stellt deshalb das Prinzip der Anrechnung des Gehaltes der neuen Stellung auf die zu gewährende Entschädigung auf und berücksichtigt dabei, daß der Gehilfe seine Stelle gewechselt hat in der Absicht, sich zu verbessern. Der Handlungsgehilfe muß sich auf die fällige Entschädigung anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweite Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt; diese Anrechnung hat soweit zu erfolgen, als die Entschädigung unter Hinzurechnung dieses Betrags den Betrag der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als ein Zehntel übersteigen würde. Dieses Zehntel wird auf ein Viertel erhöht, wenn der Gehilfe durch das Wettbewerbverbot gezwungen ist, seinen Wohnsitz zu verlegen. Mit anderen Worten, der Gehilfe muß in seiner neuen Stellung den bisherigen Gehalt unter Hinzurechnung von einem Zehntel oder einem Viertel erreichen; hiezu dient in erster Linie der Gehalt der neuen Stelle, den Fehlbetrag zahlt der bisherige Prinzipal bis zur Hälfte der bisherigen vertragsmäßigen Leistungen (§ 74 Abs. 3).

An der Fassung des Gesetzes mögen zwei Ausdrücke auffallen, das „böswillige Unterlassen eines Erwerbes" und das „Gezwungenwerden zur Wohnsitzverlegung". Da die Tendenz des Gesetzes ist, dem Gehilfen entgegenzukommen, muß im Zweifel zugunsten des Angestellten geurteilt werden; man wollte auch hier von einem näheren Eingehen auf die einzelnen Möglichkeiten absehen und eine generelle Fassung wählen, wobei es auf die Umstände des einzelnen Falles anzukommen hat. Ein böswilliges Unterlassen eines Erwerbes liegt nicht nur vor, wenn sich der Gehilfe um keine neue Stelle bemüht, und auf Kosten seines bisherigen Prinzipals feiern will, sondern vielmehr auch, wenn sein Gehalt bei dem neuen Prinzipal für die ersten zwei Jahre besonders niedrig bemessen wird, um dann gewaltig in die Höhe zu springen; wenn ein Gehilfe, der infolge des Wettbewerbverbots eine besser dotierte Stelle nicht erlangen kann, seine bisherige Stelle kündigt, um einige Monate auszusetzen und in dieser Zeit sich in einem anderen Zweig entsprechende Kenntnisse zu verschaffen, die ihm dann die Erlangung einer besser bezahlten Stelle ermöglichen, so wird man hier ein böswilliges Unterlassen eines Erwerbes nicht finden können. Ebenso hängt auch der Zwang zur Wohnsitzverlegung von den begleitenden Umständen ab; der Gehilfe, der ledig ist, allein steht und seine Stelle in der Großstadt kündigt, dann eine schlecht bezahlte Stelle auf dem Lande sucht, weil er dort billiger leben kann, ist zur Wohnsitzverlegung nicht gezwungen; man wird aber andererseits Zwang zur Wohnsitzverlegung annehmen müssen, wenn der Gehilfe wegen augenblicklichen Mangels anderer Stellen in der Großstadt vorübergehend eine sich ihm bietende Stelle an einem anderen Orte annimmt. Der Gehilfe soll durch das Wettbewerbverbot in seinem Fortkommen nicht unbillig beschwert werden, er darf bei dem Bestreben, fortzukommen, seine Interessen in erster Linie im Auge haben, er soll aber nicht so handeln, daß sein Prinzipal nur zur Zahlung der Karenzentschädigung genötigt wird, ohne daß er damit für sein eigenes Fortkommen einen Vorteil hat.

Der Gehilfe ist verpflichtet, dem Prinzipal auf Verlangen über die Höhe seines Erwerbes Auskunft zu erteilen — § 74 c Abs. 2. Der Prinzipal kann nicht wissen, wie hoch die Entschädigung ist, die er mit Rücksicht auf die Berechnung bezahlen muß, daher muß der Gehilfe Auskunft geben; verweigert er die Auskunft, so kann der Prinzipal die Entschädigung nicht berechnen, er gerät mit der Zahlung nicht in Verzug; hält der Prinzipal die ihm gegebene Auskunft für unrichtig, so kann er nur die Entschädigung zahlen, zu der er sich für verpflichtet hält; er muß aber die Konsequenzen aus der Möglichkeit der Inverzugsetzung ziehen, ihn trifft die Beweislast, der Gehilfe hat nur Auskunftspflicht.

Eine selbstverständliche Bestimmung enthält § 74 Abs. 1 Satz 2: für die Dauer der Verbüßung einer Freiheitsstrafe kann der Gehilfe eine Entschädigung nicht verlangen.



§ 75.

§ 75 behandelt wie bisher die Fälle der Vertragsbeendigung, in welchen die Vereinbarung nicht gilt, das Wettbewerbverbot unwirksam wird; doch waren auch hier, teils mit Rücksicht auf die bisher entwickelten Grundsätze Aenderungen erforderlich, die zu einer teilweisen Unwirksamkeit der Vereinbarung oder einer vom Gehilfen erzwingbaren Aufrechterhaltung der Vereinbarung führen.

Das Vertragsverhältnis kann sein Ende finden durch Kündigung seitens des Gehilfen oder des Prinzipals; der Fall der gewöhnlichen Kündigung durch den Gehilfen und die sich hieraus ergebenden Folgen sind bisher behandelt worden; die außerordentliche Lösung des Vertragsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kann nach dem Gesetze erfolgen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes §§ 70, 71; neben der Kündigung aus wichtigem Grunde sieht § 70 Abs. 2 schon die Kündigung infolge vertragswidrigen Verhaltens des anderen Teiles vor, von welchem auch der § 75 bisheriger Fassung schon gehandelt hat.

Wie bereits erwähnt, ist unter Vertragswidrigkeit schuldhafte Pflichtverletzung zu verstehen.

Handelt der Prinzipal vertragswidrig und löst der Gehilfe deshalb das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auf, so soll das Wettbewerbverbot nicht ohne weiteres unwirksam sein; denn der Handlungsgehilfe, der stellenlos wird, soll nicht plötzlich des Rechts auf die Karenzentschädigung verlustig gehen, er soll aber auch seinerseits, da er ohnehin den Anspruch auf Schadenersatz hat, nicht den Anspruch auf diese Entschädigung beibehalten, ohne an das Wettbewerbverbot gebunden zu sein; der Handlungsgehilfe hat die Wahl: er kann es neben seinem Schadensersatzanspruch bei dem Wettbewerbverbot und der vom Prinzipal zu zahlenden Entschädigung bewenden lassen, er kann aber auch vor Ablauf eines Monats nach der Kündigung dem Prinzipal schriftlich erklären, daß er sich an die Vereinbarung nicht gebunden erachte; er hat das einseitige Rücktrittsrecht von dem Vertrage, der Rücktritt muß aber schriftlich erklärt werden, nur dann wird das Wettbewerbverbot unwirksam.

Bei Kündigung des Dienstverhältnisses durch den Prinzipal können verschiedene Fälle vorliegen:

a) Der Prinzipal kündigt im Wege der ordentlichen Kündigung, ohne daß ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt oder er einen solchen geltend machen will; dann wird das Wettbewerbverbot in gleicher Weise unwirksam, d. h. der Gehilfe kann vor Ablauf eines Monats seit der Kündigung schriftlich erklären, daß er sich an die Vereinbarung nicht gebunden erachte; diese einmonatige Frist läuft von der Kündigung, nicht von der Auflösung des Dienstverhältnisses ab.

b) Der Prinzipal kündigt im Wege der ordentlichen Kündigung, für die Kündigung liegt aber ein erheblicher Anlaß in der Person des Gehilfen vor; dann bleibt das Wettbewerbverbot in allen seinen beiderseitigen Wirkungen bestehen. Was ein erheblicher Anlaß ist, ist nicht gesagt, auch aus den Beratungen nicht zu entnehmen; der Begriff selbst stammt aus der früheren Fassung, in welcher von Kündigung infolge eines erheblichen Anlasses, den der Prinzipal nicht verschuldet hat, die Rede war; diese Fälle sind aber nunmehr ausgeschieden; dafür ist jetzt ein erheblicher Anlaß in der Person des Gehilfen verlangt.

c) Der Prinzipal kündigt im Wege der ordentlichen Kündigung, ohne daß ein wichtiger Grund oder ein erheblicher Anlaß in der Person des Gehilfen vorliegt, und erklärt sich bereit, während der Dauer der Beschränkung dem Gehilfen die vollen zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen zu gewähren; dann bleibt das Wettbewerbverbot mit seinen Wirkungen für den Gehilfen bestehen. Es ist dies der auch bisher schon vorgesehene Fall, daß sich der Prinzipal die Geltung der Konkurrenzklausel erkauft. Für die Gewährung der vollen vertragsmäßigen Leistungen gelten die Vorschriften des § 74 b: Zahlung am Schlusse jedes Monats, Berechnung, soweit wechselnde Bezüge in Frage stehen, nach dem Durchschnitt der letzten drei Jahre oder dem kürzeren Zeitraum, in welchem die Vertragsbestimmung in Kraft war, und Nichtberücksichtigung der Bezüge, die zum Ersatze besonderer Auslagen dienten.

d) Löst der Prinzipal das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 72, also ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und zwar wegen vertragswidrigen Verhaltens des Gehilfen auf, so hat der Gehilfe keinen Anspruch auf die Entschädigung, an das Wettbewerbverbot ist er seinerseits gebunden.

Das Gesetz nimmt zwar Bezug auf §§ 70, 71, 72, sofortige Kündigung ohne Einhaltung einer Frist, spricht aber nur von Auflösung des Dienstverhältnisses nach §§ 70, 71, 72 wegen vertragswidrigen Verhaltens; es erhellt daraus, daß diese Bezugnahme nur die Kündigung ohne Einhaltung einer Frist, aber nicht das Vorliegen eines wichtigen Grundes betrifft; nur wenn fristlose Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens vorliegt, gelten die hiefür getroffenen Bestimmungen; es ist schon ein sprachlicher Unterschied gemacht: Auflösung des Dienstverhältnisses wegen vertragswidrigen Verhaltens ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist in § 75 Abs. 1 und 3 und Kündigung in Abs. 2.

Für die Fälle der fristlosen Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, aber nicht eines vertragswidrigen Verhaltens, ergibt sich daher keine Verschiedenheit von den Fällen der ordentlichen Kündigung. Es folgt hieraus, daß das Gesetz von dem Grundsatze beherrscht wird, wenn ein Wettbewerbverbot in gesetzlich zulässiger Weise vereinbart worden ist, dann sollen beide Teile im Falle der Lösung des Dienstverhältnisses daran gebunden sein, gleichviel, ob das Dienstverhältnis durch fristlose oder befristete Kündigung gelöst wird; Ausnahmen

gibt es nur bei der Auflösung durch fristlose Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens und bei ordentlicher befristeter Kündigung durch den Prinzipal ohne Grundangabe.

Das Gesetz hat auch bisher keine Definition enthalten, was unter einem wichtigen Grunde zu verstehen ist; die Aufzählung in §§ 71, 72 ist nur eine beispielsweise, sie ist weder erschöpfend, noch zwingend, weil eine andere Beurteilung durch besondere Umstände zugelassen ist; ein Grund der sofortigen Kündigung ist dann wichtig, wenn nach Lage der Umstände dem einen Teil nicht zuzumuten ist, den Vertrag wider seinen Willen fortzusetzen, weil das normale, durch den Dienstvertrag geschaffene Verhältnis zwischen Prinzipal und Gehilfen gestört ist (Staub § 70 Anm. 5). Es gibt wichtige Gründe, die in der Person des anderen Teiles liegen, von diesem aber nicht veranlaßt oder verschuldet sind, wie Krankheit des Gehilfen, Abbrennen der Fabrik; es gibt aber auch wichtige Gründe, die in dem Verhalten des anderen Teiles, seiner Handlungsweise liegen; diese Umstände können so wichtig sein, daß eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann, es kann sogar ein vertragswidriges Verhalten vorliegen, es können aber auch, soweit es sich um das Verhalten des Gehilfen handelt, Umstände sein, die zwar nicht zur sofortigen Kündigung berechtigen, aber doch die befristete Kündigung veranlassen, wie z. B. ungehöriges Benehmen gegenüber weiblichen Angestellten, Unverträglichkeit gegenüber älteren, im Geschäfte bewährten Angestellten oder Angehörigen des Prinzipals und dgl. Ein vertragswidriges Verhalten ist immer zugleich ein wichtiger Grund, der zur sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses berechtigt; ein wichtiger Grund nach §§ 70, 72, der den Prinzipal zur sofortigen Entlassung des Gehilfen berechtigt, ist auch ein erheblicher Anlaß in der Person des Gehilfen; andererseits braucht ein solcher erheblicher Anlaß nicht zur sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses nach §§ 70, 72 zu berechtigen, er muß nur die ordentliche Kündigung durch den Prinzipal veranlassen. Die praktische Folge wird die sein, daß der Prinzipal, in dessen Interesse ja die Konkurrenzvereinbarung getroffen wurde, auch bei der befristeten Kündigung dem Gehilfen mitteilen muß, aus welchem Grunde die Kündigung erfolgt, ob der Prinzipal in der Person des Gehilfen einen erheblichen Anlaß hiezu für gegeben erachtet und deshalb das Wettbewerbverbot aufrecht erhalten wissen will; tut er dies nicht, so muß er gewärtigen, daß der Gehilfe die Kündigung nur als einfache ansieht und vor Ablauf eines Monats nach der Kündigung schriftlich erklärt, daß er sich an die Vereinbarung des Wettbewerbverbots nicht gebunden erachtet. Bei der unbefristeten Kündigung aus einem wichtigen Grunde ist die Angabe des Grundes selbstverständlich. Zu bemerken ist, daß die kürzeste vertragsmäßige Kündigungsfrist nach §§ 66, 67 einen Monat beträgt und nur für den Schluß des Kalendermonats zulässig ist; der Gehilfe, dem gekündigt ist ohne Grundangabe, wird sich in dieser Zeit um eine andere Stelle umsehen und findet eine solche vielleicht in einem Konkurrenzunternehmen; er zeigt deshalb noch vor Ablauf eines Monats seit Kündigung dem Prinzipal schriftlich an, daß er sich an die Vereinbarung nicht für gebunden erachtet; es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn der Prinzipal nunmehr erklären würde, für die Kündigung sei in der Person des Gehilfen ein erheblicher Anlaß gelegen gewesen, der Gehilfe sei deshalb an das Wettbewerbverbot gebunden und dürfe die Stelle nicht antreten.

§ 75a.

Das Wettbewerbverbot dient den berechtigten geschäftlichen Interessen des Prinzipals; es kann sein, daß in den geschäftlichen Verhältnissen des Prinzipals im Laufe der Zeit, insbesondere während der Beschäftigungszeit des Gehilfen eine Aenderung eintritt, die das Wettbewerbverbot entbehrlich macht, z. B. ein Fabrikationsverfahren, in welches der Gehilfe Einblick hatte, ist durch eine andere Erfindung wertlos geworden oder auch der Gehilfe hat sich bei seiner Arbeit so angestellt, daß ihm der vorgesehene Einblick in Geschäftsgeheimnisse nicht gewährt wurde, er wurde anderweitig beschäftigt. Die Vereinbarung des Wettbewerbverbots wird nachträglich überflüssig; es wäre unbillig, den Prinzipal nach Beendigung des Dienstverhältnisses noch daran festzuhalten und ihn zur Zahlung der Karenzentschädigung zu verpflichten; es muß ihm also das Recht des Verzichts auf das Wettbewerbverbot eingeräumt werden.

Andererseits soll die Konkurrenzklausel nur wirklich berechtigten Interessen des Prinzipals dienen und die Karenzentschädigung soll überflüssige Konkurrenzklauseln verhindern. Das Verzichtrecht des Prinzipals kann daher zu dem Mißbrauch führen, daß leichtfertig und schablonenhaft das Wettbewerbverbot vereinbart wird und der Prinzipal im letzten Augenblick vor oder auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses sich von seinen Verpflichtungen durch Verzicht befreien kann. Dadurch kann eine Schädigung des Gehilfen eintreten, der bisher bessere Stellen mit Rücksicht auf das Wettbewerbverbot ausschlagen mußte, bei dem Prinzipal deshalb verblieb, und dem nach der Verzichtserklärung von diesem gekündigt wird, oder der nach der Kündigung infolge des Wettbewerbverbotes eine schlechter bezahlte Stelle annimmt und auf die Karenzentschädigung rechnet, während der Prinzipal dann plötzlich auf das Wettbewerbverbot verzichtet.

Um hier einen Ausgleich zu schaffen, bestimmt das Gesetz in § 75a, daß die Verzichtserklärung des Prinzipals auf das Wettbewerbverbot nur vor der Beendigung des Dienstverhältnisses erklärt werden kann, und daß diese Verzichtserklärung nur die Wirkung äußert, daß der Prinzipal erst mit dem Ablauf eines Jahres seit der Erklärung von

der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung frei wird. Wie die Vereinbarung selbst, muß auch die Verzichtserklärung schriftlich erfolgen.

§ 75b.

Der Grundsatz der bezahlten Karenz soll in angemessener Weise die Nachteile beseitigen, die der Gehilfe durch die Beschränkung seiner Freiheit in bezug auf die Ausnützung seiner Arbeitskraft erfährt. Es gibt aber Dienstverhältnisse, Kategorien von Angestellten, für welche dieser Grundsatz billigerweise nicht aufrecht erhalten werden kann. Reisende, die in überseeischen Staaten für deutsche Geschäftshäuser tätig sind, Gehilfen, die in außereuropäischen Handelsniederlassungen deutscher Firmen angestellt sind, befinden sich vielfach in Vertrauensstellungen eigener Art, die für den Prinzipal in der Regel mit erheblichen Aufwendungen verbunden sind, ihm aber meist erst nach längerer Tätigkeit des Gehilfen Nutzen bringen, weil sich der Gehilfe seine Kenntnisse und Beziehungen hier erst durch längere Beschäftigung erwirbt; der Prinzipal ist aber hier häufiger und dringender in die Notwendigkeit versetzt, sich gegen ungerechtfertigte Eingriffe durch die Konkurrenzklausel zu schützen, als bei den sonstigen Angestellten, die Gehälter dieser Reisenden und Gehilfen sind aber zwei bis dreimal so hoch, als der Gehalt eines ebensolchen Angestellten in Deutschland; es kann dem Prinzipal nicht zugemutet werden, nach Beendigung des Dienstverhältnisses dem Gehilfen eine Auszahlung bis zur Höhe des Auslandsgehalts zu gewähren, namentlich wenn dieser vielleicht nach Deutschland zurückkehrt, es würde auch eine Erschwerung der Verbotsvereinbarung in solchen Fällen dazu führen, daß für Tätigkeit im Auslande nichtdeutsche Handlungsgehilfen angestellt würden. Das Gesetz bestimmt deshalb, daß bei Gehilfen, die für eine Tätigkeit außerhalb Europas angenommen sind, die Verbindlichkeit des Wettbewerbverbots nicht davon abhängig ist, daß sich der Prinzipal zur Zahlung der im § 74 Abs. 2 vorgesehenen Entschädigung verpflichtet. Selbstverständlich bleiben die sonstigen Vorschriften über die teilweise Unverbindlichkeit, Nichtigkeit und die Schriftform in § 74 Abs. 1 und 74a auch bei diesen Angestellten in Kraft.

Das gleiche gilt, wenn die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen den Betrag von 8000 *M* für das Jahr übersteigen. Die soziale und wirtschaftliche Lage dieser Klasse von Angestellten erfordert eine Aenderung der für sie geltenden Vorschriften nicht, nur für die Gehilfen mit niedrigen Gehältern waren neue Schutzbestimmungen erforderlich. Auf die Berechnung des Betrags der Leistungen, wenn sie in Provision oder anderen schwankenden Beträgen bestehen, finden die Vorschriften des § 74b Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung, so daß insbesondere eine Entschädigung gezahlt werden muß, wenn der Bezug von 8000 *M* noch nicht drei Jahre bestanden hat.

§ 75c.

Nach bisherigem Rechte konnte der Prinzipal in den Fällen, in welchen der Gehilfe für den Fall der Nichterfüllung der in der Vereinbarung übernommenen Verpflichtung eine Strafe versprochen hatte, nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens war ausgeschlossen; der Erfüllungsanspruch war auf die Fälle beschränkt, in welchen keine Strafe vereinbart war. Die Erfüllung besteht in einem Unterlassen; der Gehilfe soll eine Stellung nicht annehmen oder eine angenommene aufgeben. Es lag hierin eine Abweichung von § 340 BGB., wonach der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen kann und nur, wenn er die Strafe verlangt, der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist; bei einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers wegen Nichterfüllung kann dieser die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen; die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Nach dem bisherigen Rechte lag aber in der Vereinbarung eines Wettbewerbverbots eine einseitige Verpflichtung des Gehilfen; nunmehr muß aber auch der Prinzipal eine Leistung bewirken und, wenn er bereit ist, die ihm obliegende Leistung, die Zahlung der Entschädigung, zu bewirken, muß ihm auch der Anspruch auf die Gegenleistung des anderen Teiles zustehen; es muß beispielsweise der Prinzipal, der eine Zeit lang die Karenzentschädigung gezahlt hat, von dem Gehilfen, der später verbotswidrig in ein Konkurrenzgeschäft eintritt, den Austritt verlangen können. Doch darf sich der Prinzipal durch die Vereinbarung nicht mehr Rechte sichern, als ihm nach § 340 BGB. zustehen, er darf nicht vereinbaren Zahlung der Vertragsstrafe neben der Aufgabe der dem Verbote zuwider begonnenen Tätigkeit.

Das Gesetz sagt daher, daß der Prinzipal Ansprüche nur nach Maßgabe der Vorschriften des § 340 BGB. geltend machen kann, wenn für den Fall der Nichterfüllung der in der Vereinbarung übernommenen Verpflichtung durch den Gehilfen dieser Strafe versprochen hat.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen wurde noch beigefügt, daß die Vorschriften des BGB. über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe unberührt bleiben.

Für die Fälle, in welchen die Verbindlichkeit der Vereinbarung nicht von der Verpflichtung des Prinzipals zur Zahlung einer Entschädigung an den Gehilfen abhängig ist (§ 75b), verbleibt es bei den bisherigen Bestimmungen: wenn der Gehilfe sich einer Vertragsstrafe in der Vereinbarung unterworfen hat, kann der Prinzipal nur die ver-

wirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen — § 75c Abs. 2.

§ 75 d.

Den neuen Vorschriften muß ebenso, wie den bisherigen zwingender Charakter zukommen und zwar auch in Ansehung der Berechnung der Entschädigung; einer Umgehung durch Verrechnung von Vorauszahlungen u. dgl. muß vorgebeugt werden.

Während bisher Vereinbarungen, welche den Vorschriften der §§ 74, 75 zuwiderliefen, als nichtig bezeichnet wurden, bestimmt nunmehr § 75d, daß sich der Prinzipal nicht auf eine Vereinbarung berufen kann, durch die von den Vorschriften der §§ 74—75c zum Nachteil des Handlungsgehilfen abgewichen wird; das gilt auch von Vereinbarungen, die bezwecken, die gesetzlichen Vorschriften über das Mindestmaß der Entschädigung durch Verrechnung oder auf sonstige Weise zu umgehen.

Da der Zweck des neuen Gesetzes hauptsächlich dahin zielt, den Gehilfen zu schützen, ist hier nicht die generelle Nichtigkeit von zuwiderlaufenden Vereinbarungen ausgesprochen; gegenüber der Klage des Gehilfen auf Grund des Gesetzes kann der Prinzipal nicht die Einrede der Vereinbarung bringen, wenn diese dem Gehilfen nachteilig ist; dagegen kann der Prinzipal gegenüber der Klage auf Grund der Vereinbarung die Nichtigkeit nicht geltend machen, er ist daran gebunden, wenn der Gehilfe will. Es ist offenbar hier an die Fälle gedacht, in welchen der Prinzipal eine abweichende Vereinbarung zum Nachteil des Gehilfen in der Hoffnung trifft, daß diese für ihn günstiger ist als die gesetzlichen Vorschriften, während sich hernach herausstellt, daß sie für den Prinzipal ungünstiger war; z. B. der Prinzipal vereinbart als Entschädigung nur ein Viertel des bisherigen Gehalts, schließt dafür aber die Aufrechnung aus; der Gehilfe erhält nun eine Stelle mit dem gleichen oder einem höheren Gehalte, dann wird sich der Prinzipal der Zahlung von einem Viertel des bisherigen Gehalts nicht entziehen können. (Vgl. Staub, Auslegung des § 67 Abs. 4 Anm. 7.)

§ 75 e.

Nach § 61 Nr. 1 Konkursordnung werden die für das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn und anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zur Leistung von Diensten verdungen hatten, aus der Konkursmasse in erster Reihe befriedigt. Durch das Gesetz betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes kann die Vergütung für Dienste und Arbeiten, die auf Grund eines Arbeits- und Dienstverhältnisses geleistet werden, erst nach Leistung der Dienste und Ablauf des für die Vergütung bestimmten Fälligkeitstermins mit Beschlag belegt werden; letzteres Gesetz enthält noch weitere Beschränkungen hinsichtlich der Pfändbarkeit des Dienstlohnes. Da die vom Prinzipal zu gewährende Karenzentschädigung einen Ersatz bildet für das erschwerte Fortkommen des Gehilfen, für den geringeren Gehalt, den dieser in der neuen Stelle erhält, müssen diese Beträge dem Dienst- und Arbeitslohn gleichgestellt werden.

§ 75e bestimmt deshalb, daß die Entschädigung, die der Handlungsgehilfe auf Grund der Vorschriften der §§ 74—75d für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses beanspruchen kann, zu den Dienstbezügen im Sinne des § 61 Nr. 1 der Konkursordnung gehört, ferner, daß der Anspruch auf die Entschädigung zum Zwecke der Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers erst dann gepfändet werden kann, wenn der Tag, an dem sie zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß der Gehilfe sie eingefordert hat. Die Pfändung ist jedoch zulässig, soweit die Entschädigung allein oder zusammen mit den in den §§ 1, 3 des Gesetzes betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes bezeichneten Bezügen die Summe von 1500 *M* für das Jahr übersteigt. Die Vorschriften des § 2, des § 4 Nr. 2, 3 und des § 4a des bezeichneten Gesetzes finden entsprechende Anwendung.

§ 75 f.

Unter den Arbeitgebern bestehen Vereinbarungen, einen Gehilfen, der bei einem anderen im Dienste ist oder gewesen ist, nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen, anzustellen; solche Vereinbarungen werden meist geheim gehalten — geheime Konkurrenzklausel. Es war beantragt, solche Vereinbarungen für ungültig zu erklären und eine Schadensersatzpflicht der Prinzipale bei solchen Vereinbarungen festzusetzen. Allein dies wäre ein Eingriff in das Koalitionsrecht der Arbeitgeber; andererseits sind die Gehilfen berechtigt, unter sich zu vereinbaren, bei Prinzipalen, die ein Wettbewerbverbot vereinbaren wollen, nicht einzutreten. Das Gesetz hat sich hier auf den Standpunkt der Gewerbeordnung gestellt, welche in § 152 die rechtliche Erzwingbarkeit der durch das Uebereinkommen übernommenen Verpflichtungen ausschließt; jedem Teilnehmer steht der Rücktritt von solchen Vereinigungen und Verabredungen frei und es findet aus ihnen weder Klage noch Einrede statt — § 152 Abs. 2 GewO.

§ 75f sagt: Auf eine Vereinbarung, durch die sich ein Prinzipal einem anderen Prinzipal gegenüber verpflichtet, einen Handlungsgehilfen, der bei diesem im Dienste ist oder gewesen ist, nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen anzustellen, findet die Vorschrift des § 152 Abs. 2 der Gewerbeordnung Anwendung.

§ 76 Abs. 1.

Bisher haben die Bestimmungen über die Vereinbarung eines Wettbewerbverbots auch für die Handlungslehrlinge gegolten; von praktischer Bedeutung sind diese Bestimmungen für Lehrlinge wohl nur in den seltensten Fällen, da der Lehrling meist minderjährig ist und keine Bezüge von *M* 1500 erreicht, das Wettbewerbverbot also nichtig wäre. Allein auch, soweit es gültig sein könnte, soll der Lehrling nach Beendigung der Lehrzeit das Erlernte praktisch verwerten können; das Wettbewerbverbot kann möglicherweise seine Ausbildung zu einem guten Teile wertlos machen, andererseits wird der Lehrling zumeist nicht in die internsten Geschäftsgeheimnisse des Prinzipals eingeweiht. Es wurde deshalb für Handlungslehrlinge das Verbot der Konkurrenzklausel aufgestellt: Vereinbarungen, durch welche Handlungslehrlinge für die Zeit nach der Beendigung des Lehr- oder Dienstverhältnisses in ihrer gewerblichen Tätigkeit beschränkt werden, sind nichtig. Die Bestimmung des § 75 f der Klagelosigkeit von Vereinbarungen der Prinzipale untereinander wurde auch auf Vereinbarungen hinsichtlich der Handlungslehrlinge erstreckt.

Art. II § 82 a.

Von den Handlungslehrlingen sind zu unterscheiden die Volontäre, die freiwillig die Pflichten eines Gehilfen übernehmen, aber keine Vergütung vom Prinzipal erhalten; da sie die Dienste des Gehilfen nicht gegen Entgelt leisten, sondern, um sich auszubilden, sind sie von den Lehrlingen vielleicht manchmal schwer zu unterscheiden; doch steht der Volontär in einem viel freieren Verhältnisse, der minderjährige Volontär steht hinsichtlich des Wettbewerbverbots ohnehin dem minderjährigen Lehrling gleich, der großjährige Volontär ist selten einem Lehrling gleich zu achten, häufig sind Volontäre schon als Handlungsgehilfen in Stellung gewesen und wollen sich nur noch bestimmte Branchekenntnisse erwerben. Für solche muß die Konkurrenzklausel zulässig sein, weil gerade der Volontär in ein fremdes Geschäft besonderen Einblick erhalten will. Das Gesetz gibt in § 82 a eine Definition des Volontärbegriffes als Personen, die, ohne als Lehrlinge angenommen zu sein, zum Zwecke ihrer Ausbildung unentgeltlich mit kaufmännischen Diensten beschäftigt werden, und bestimmt, daß auf Wettbewerbverbote gegenüber solchen Personen die für Handlungsgehilfen geltenden Vorschriften insoweit Anwendung finden, als sie nicht auf das dem Gehilfen zustehende Entgelt Bezug nehmen. Es gelten also im wesentlichen §§ 74 Abs. 1, 74 a Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, 3, Abs. 3 und § 75 in Ansehung der Kündigung aus einem erheblichen Anlaß in der Person oder wegen vertragswidrigen Verhaltens des Volontärs, § 75 c und § 75 f.

Art. III.

Das Gesetz tritt am 1. Januar 1915 in Kraft; es war notwendig, Uebergangsvorschriften für die vorher vereinbarten Wettbewerbverbote zu treffen; ein neues Gesetz soll im allgemeinen keine rückwirkende Kraft haben; von diesem Grundsatze muß aus sozialen Gründen abgewichen, dem Prinzipal muß die Befugnis eingeräumt werden, die Konkurrenzklausel zu retten, wenn er bei fortdauerndem Arbeitsverhältnis die gesetzlichen Pflichten übernimmt; andererseits soll der Gehilfe, der vor dem Inkrafttreten des Gesetzes seine Stelle aufgegeben hat, auch die Karenzentschädigung erhalten, wenn das früher vereinbarte Wettbewerbverbot sein Fortkommen erschwert. Die neuen Vorschriften finden daher, abgesehen von den Formvorschriften des § 74 Abs. 1 auch auf die vorher vereinbarten Wettbewerbverbote Anwendung; ein Wettbewerbverbot, das nach den neuen Vorschriften unverbindlich ist wegen Nichtvereinbarung der Karenzentschädigung oder weil die Bezüge des Gehilfen nicht mehr als 1500 *M* ausmachen, soll verbindlich bleiben, falls sich der Prinzipal vor dem Ablauf von drei Monaten seit dem Inkrafttreten des Gesetzes schriftlich erbietet, die vorgeschriebene Entschädigung zu zahlen, sowie die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen auf mehr als 1500 *M* für das Jahr zu erhöhen.

Aus dieser Fassung ergibt sich, daß es aber nicht genügt, zu einem vorher vereinbarten Wettbewerbverbote nur die Karenzentschädigung und die Erhöhung der Bezüge nachzuholen; die ganze oder teilweise Verbindlichkeit des früher vereinbarten Wettbewerbverbotes ist nach § 74 a neuer Fassung zu beurteilen.

Aus Anlaß des Krieges wurden durch die Bundesratsbekanntmachung vom 10. September 1914 die Vorschriften des § 75 Abs. 2 des neuen Gesetzes alsbald in Kraft gesetzt; es handelt sich dabei um die Kündigung durch den Prinzipal (s. oben § 75 unter a, b und c); die Erklärung des Prinzipals, dem Gehilfen die vollen vertragsmäßigen Leistungen zu gewähren, muß bei der Kündigung oder, falls diese schon vor dem Inkrafttreten der Verordnung erfolgt war, unverzüglich nach dem Inkrafttreten erfolgen. Diese Verordnung ist mit dem Tage der Verkündung in Kraft getreten.

Zum Schlusse soll nicht unerwähnt bleiben, daß zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Prinzipalen und Handlungsgehilfen mit einem Lohn oder Gehalt von nicht mehr als 5000 *M* ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes die Kaufmannsgerichte ausschließlich zuständig sind, wenn diese Streitigkeiten die Ansprüche aus einer Vereinbarung betreffen, durch welche der Handlungsgehilfe oder Handlungslehrling für die Zeit nach der Beendigung des Dienst- oder Lehrverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, die Berufung an die Landgerichte ist nur zulässig,

wenn der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 300 *M* übersteigt.

Da die Errichtung von Kaufmannsgerichten schon für Gemeinden mit mehr als 20000 Einwohnern vorgeschrieben ist, werden sich die Amtsgerichte mit diesen Bestimmungen wohl kaum zu befassen haben, da für kaufmännische Betriebe in Gemeinden unter 20000 Einwohnern wohl selten der besondere Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals erforderlich erscheint und der Prinzipal, um ein Wettbewerbverbot vereinbaren zu können, kaum das Opfer der Karenzentschädigung zu bringen in der Lage ist. Gerade aus letzterem Grunde werden Konkurrenzklauseln mit kaufmännischen Angestellten nur noch eine seltene Ausnahme bilden, und die Einschränkung der Konkurrenzklauseln und ihre Zurückführung auf diejenigen Verhältnisse, in welchen sie nicht entbehrlich sind, ist der Zweck des Gesetzes.

Zur Bildung von Gesamtstrafen.

Von Dr. **Jakob Keßler**, Landgerichtsrat in München.

Das Oberste Landesgericht hat in einem Beschlusse vom 22. März 1912 (ObLGSt. 12, 134) ausgesprochen, es sei eine Gesamtstrafe aus einer durch ein früheres Urteil für ein Verbrechen oder Vergehen erkannten Strafe mit einer später für ein Kollektivdelikt verhängten Strafe auch dann zu bilden, wenn das Kollektivdelikt teils vor teils nach der früheren Verurteilung verübt ist.

Diese Entscheidung läßt sich m. E. nicht halten. Die in ihr gestellte Frage ergibt sich nicht nur für Kollektivdelikte, sondern für alle Straftaten, deren Tatbestand eine längere Zeitspanne hindurch verwirklicht wird, also auch für Dauer- und fortgesetzte Delikte. Denn bei den Straftaten dieser 3 Deliktsarten ist es möglich, daß der Täter während ihres Laufes wegen einer anderen Straftat abgeurteilt wird, daß also je ein Teil von ihnen vor und nach dieser Aburteilung verübt wird. Für alle 3 Deliktsarten liegt deshalb die gestellte Frage gleich und kann nur in einem Sinne beantwortet werden.

Es handelt sich um die Auslegung des § 79 StGB. Sein Grundgedanke ist der, daß es, wenn eine gleichzeitige Aburteilung mehrerer Verbrechen oder Vergehen rechtlich möglich ist, dem Angeklagten bei der Bestrafung nicht zum Nachteile gereichen soll, daß die Aburteilung aus tatsächlichen Gründen durch mehrere Urteile erfolgt (RGSt. 37, 170). Mit dem Obersten Landesgerichte ist davon auszugehen, daß Kollektivdelikte — ebenso natürlich auch Dauer- und fortgesetzte Delikte — für das Gebiet der Konkurrenzlehre als Einheit aufzufassen sind, daß also die durch längere Zeit hindurch verübten Kollektiv-, Dauer- und fortgesetzten Delikte für dieses Gebiet nur je eine einheitliche Tat sind. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß Gegenstand der Aburteilung immer nur eine ganz bestimmte, geschichtlich gegebene Tat in ihrer wirklichen Gestalt ist, daß diese Tat selbstverständlich erst abgeurteilt werden kann, wenn sie abgeschlossen ist, daß also immer nur die ganze Tat abgeurteilt und bestraft wird, und niemals nur ein Stück von ihr, das unselbständig und ohne rechtliches Sonderdasein ist.

Wird nun eine solche geschichtlich genau bestimmte, einheitliche Tat teils vor teils nach der Verurteilung wegen eines anderen Verbrechens oder Vergehens vom gleichen Täter verübt, so kann sie in ihrer wirklichen Gestalt selbstverständlich im Augenblicke dieser Verurteilung nicht mit abgeurteilt werden; ihre wirkliche Gestalt ist noch garnicht gegeben, sie ist noch nicht fertig. Es fehlt also die erste Voraussetzung für die Anwendung des § 79 StGB., die rechtliche Möglichkeit der gleichzeitigen Aburteilung. Das ergibt sich unmittelbar aus der folgerichtigen Betrachtung des Kollektiv-, Dauer- und fortgesetzten Deliktes als einer Tateinheit.[1]) Es geht nicht an, eine solche Einheit auseinanderzureißen in ein Stück vor der früheren Verurteilung und in ein Stück nach ihr. Darauf kommt aber im Grunde der Beschluß vom 22. März 1912 hinaus. Er sagt:

„U. hat die Zuhälterei begangen durch die fortgesetzte Ausbeutung einer und derselben Dirne, von der er den Lebensunterhalt in Kenntnis ihres unsittlichen Erwerbes bezog. So gut man angesichts des Abschlusses, den das Treiben des U. durch seine Festnahme gefunden hat, von einer bis zum Zeitpunkte der Festnahme — dem 6. Februar — erfolgten Begehung sprechen kann, ebensogut kann schon in der Gesamtheit der Einzelhandlungen, aus denen sich die bis zum 22. oder 24. Januar — Zeit der Erlassung und Zustellung des Strafbefehles wegen Hausfriedensbruches — verübte Ausbeutung der Dirne zusammensetzt, eine Begehung des Kollektivdeliktes der Zuhälterei erblickt werden. Das Tun des Angeklagten bleibt ein einheitliches, mag man es vom Zeitpunkte seines Beginnes oder von dem seines Abschlusses aus betrachten. U. hat noch vor der — am 24. Januar erfolgten — Zustellung des Strafbefehles, „nämlich am 12. Januar 1912, das nach § 181 a StGB. zu ahndende Tun begonnen und es bis zum 6. Februar 1912 fortgesetzt. Für die rechtliche Betrachtung auf Grund der Annahme des Vorliegens eines sog. Kollektivdeliktes war es ebensogut möglich, daß sein Tun für die Zeit vom 12. Januar bis zum 24. Januar als ein einheitliches aufgefaßt wurde; der Umstand daß er es noch bis zum 6. Februar fortsetzte, ändert an der rechtlichen Möglichkeit nichts, daß sein Tun auch schon für die Zeit vom 12. bis zum 24. Januar als einheitliches aufgefaßt wird. Steht dieser Auffassung ein rechtliches Bedenken nicht entgegen, so muß angenommen werden, daß U. schon vor der Zustellung des Strafbefehles, also schon vor der früheren Verurteilung die nach § 181 a StGB. strafbare Handlung begangen hat."

Diese Begründung zeigt deutlich, daß der Beschluß das am 12. Januar begonnene und bis zum 6. Februar fortgesetzte einheitliche verbrecherische Tun weder vom Zeitpunkte seines Beginnens noch von dem seines Abschlusses aus betrachtet. Denn

[1]) Vgl. RGSt. 47, 309.



von beiden Punkten aus müßte er das ganze Tun des Angeklagten sehen; bei ersterem vom Anfange bis zum Ende, bei letzterem vom Ende bis zum Anfange; irgend ein Abschnitt in diesem Tun ergäbe sich nicht. Der Beschluß macht aber einen Einschnitt in das Tun des Angeklagten mit dem 22./24. Januar, dem Zeitpunkte der früheren Verurteilung, der zwar zeitlich mitten in den Lauf dieses Tuns fällt, aber nicht im mindesten mit ihm zusammenhängt, für dieses Tun völlig zufällig und deshalb willkürlich ist. Von diesem Zeitpunkte aus betrachtet der Beschluß in Wirklichkeit die einheitliche Tat; er zerlegt sie trotz ihrer Einheit in ein Stück vor der früheren Verurteilung und in ein Stück nach ihr; er betrachtet das erstere für sich, behandelt es als rechtlich selbständig und die für die ganze Tat ausgesprochene Strafe so, als wäre sie nur für dieses Stück erkannt; er beachtet das zweite Stück weiter nicht, behandelt es als belanglos und kommt so zu der Fiktion — etwas anderes ist es nicht — daß das tatsächlich erst am 6. Februar beendete Vergehen des U. rechtlich schon am 22./24. Januar beendet war. Der Beschluß übersieht dabei wirklich, daß die Strafe nur für eine ganze, fertige Tat gegeben wird und nie für ein Stück Tat, daß sie gegeben wird für eine Tat in ihrer geschichtlichen Gestalt und nicht in einer allenfalls möglichen, gedachten Form, daß ferner der die Tat beurteilende Richter sie immer erst nach ihrem Abschlusse betrachtet, daß er sie dann von ihrem Beginne bis zu ihrem Abschlusse sieht und daß er sie nie von einem zufälligen, ihr an sich fremden, mitten in ihren Lauf fallenden Zeitpunkt aus beurteilen darf. All das ist aber auch bei der Auslegung des § 79 StGB. zu beachten und es führt zu der Annahme, daß auch ein Kollektiv-, Dauer- und fortgesetztes Delikt so gut wie jede einfache Straftat im Sinne dieser Gesetzesstelle erst dann „begangen" ist, wenn es geschichtlich abgeschlossen ist. Der Beginn dieser Delikte ist hier gleichgültig; der Zeitpunkt ihres Abschlusses allein entscheidet darüber, ob eine Verurteilung wegen einer anderen Straftat vor oder nach ihrer Begehung liegt, ob die für sie verhängten Strafen mit der Strafe aus der früheren Verurteilung auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen sind. Ist das Kollektiv-, Dauer-, oder fortgesetzte Delikt erst nach dieser Verurteilung beendet, so ist eine Gesamtstrafe nicht zu bilden; es war deshalb auch im Falle des Beschlusses vom 22. März 1912 auf eine solche nicht zu erkennen.

Dies Ergebnis wird bestätigt durch die Auslegung anderer Stellen des Strafgesetzbuches.

Nach § 67 Abs. 4 beginnt die Verjährung einer Straftat mit dem Tage, an dem die Handlung „begangen" ist. Es wird allgemein angenommen, daß Kollektiv-, Dauer- und fortgesetzte Delikte erst vom Augenblicke ihres Abschlusses an verjähren, daß sie also erst in diesem Zeitpunkte „begangen" sind.

Nach § 61 StGB. beginnt die Frist zur Stellung des Strafantrages mit dem Tage, seit welchem der Antragsberechtigte von der Handlung ... Kenntnis gehabt hat. Es wird auch da allgemein angenommen, daß bei Kollektiv-, Dauer- und fortgesetzten Delikten die Kenntnis erst des Abschlusses dieser Straftaten entscheidet, so daß diese Handlungen im Sinne des § 61 auch erst mit dem Augenblicke ihres Abschlusses gegeben sind.

Aehnliches ergibt sich z. B. bei §§ 2, 56, 57 StGB.

Auch auf prozessualem Gebiete macht sich naturgemäß die Einheit der Kollektiv-, Dauer- und fortgesetzten Delikte geltend. Verübt z. B. ein Siebzehnjähriger ein Sittlichkeitsverbrechen an einer geisteskranken Frauensperson — § 176 Nr. 2 StGB. — und setzt er es in Ausübung desselben Vorsatzes über das 18. Lebensjahr hinaus fort, so entscheidet über das ganze fortgesetzte Verbrechen nach § 80 GVG. das Schwurgericht trotz § 73 Nr. 3 GVG., weil eben eine gesonderte rechtliche Behandlung und Aburteilung der vor dem vollendeten 18. Lebensjahre verübten unselbständigen Einzelhandlungen nicht möglich ist.

Ein Grund, gerade bei § 79 StGB. eine Ausnahme zu machen, besteht nicht; ein solcher kann insbesondere nicht aus dem Umstande entnommen werden, daß § 79 eine Bestimmung zugunsten des Angeklagten enthält. Denn die Vorschriften der §§ 61 und 67 StGB. sind nicht weniger zugunsten des Angeklagten gegeben und trotzdem ist bei ihnen auf den Abschluß der Straftaten abzustellen.

Auch noch andere Erwägungen zeigen, daß der im Beschlusse vom 22. März 1912 aufgestellte Grundsatz sich nicht halten läßt. Man braucht ihn nur in einzelnen möglichen Fällen anzuwenden; man nehme z. B. an:

1. Der Zuhälter, dessen Bestrafung Anlaß zur Aufstellung des Grundsatzes gab, habe am 25. Januar 1912 die Dirne geheiratet, bei der er vom 12. Januar bis 6. Februar 1912 den Zuhälter machte; nach § 181a Abs. 2 StGB. müßte er mindestens 1 Jahr Gefängnis bekommen haben. Die Tatsache, die einzig und allein die Mindeststrafe von 1 Monate — § 181a Abs. 1 StGB. — auf 1 Jahr Gefängnis erhöht, läge nach der Verurteilung vom 22./24. Januar 1912. Das Tun des Zuhälters wäre aber auch hier ein einheitliches Kollektivdelikt. „Für die rechtliche Betrachtung auf Grund der Annahme des Vorliegens eines sog. Kollektivdeliktes" wäre es auch hier „ebensogut möglich, daß sein Tun für die Zeit vom 12. bis zum 24. Januar als ein einheitliches aufgefaßt wurde; der Umstand, daß er es noch bis zum 6. Februar fortsetzte, änderte nichts an der rechtlichen Möglichkeit, daß sein Tun auch schon für die Zeit vom 12. bis zum 24. Januar als einheitlich aufgefaßt wird". Es springt sofort in die Augen, daß diese Begründung des Beschlusses vom 22. März 1912 auch hier in dem gedachten Falle

„auf Grund der Annahme des Vorliegens eines sog. Kollektivdeliktes" nicht abgelehnt werden könnte; es zeigt sich aber auch sofort, daß sie zu einem unannehmbaren Ergebnisse führt und daß sie deshalb nicht richtig sein kann; denn daß eine rechtlich so erhebliche Tatsache, wie hier die Heirat der Dirne durch den Zuhälter, die die Mindeststrafe des gleichen Vergehens so in die Höhe schnellen läßt, rechtlich jemals unbeachtlich sein sollte, ist ohne weiteres ausgeschlossen.

2. A habe den B am 1. Januar 1914 vorsätzlich und widerrechtlich eingesperrt und bis zum 10. Januar 1914 eingesperrt gelassen; am 5. Januar 1914 sei A wegen Diebstahls zu einem Jahre Gefängnis und am 15. Februar 1914 wegen der an B verübten Freiheitsberaubung zu einem Jahre Zuchthaus verurteilt worden. Die einzige Tatsache, die die gleiche Straftat der Freiheitsberaubung aus einem Vergehen zu einem Verbrechen werden läßt und — bei Versagung mildernder Umstände — die Mindeststrafe von einem Tage Gefängnis auf ein Jahr Zuchthaus erhöht — § 239 Abs. 1 und 2 StGB. —, läge nach der Verurteilung vom 5. Januar 1914. Trotzdem könnte auch hier die Begründung des Beschlusses vom 22. März 1912 nicht abgelehnt werden, da auch hier wieder nur eine einheitliche Tat vorläge, die teils vor teils nach der Verurteilung vom 5. Januar 1914 verübt wäre. Auch dieses Beispiel zeigt wohl deutlich, daß der Beschluß vom 22. März 1912 sich nicht halten läßt. Denn obwohl hier das Tun des A vor und nach dem 5. Januar 1914 völlig gleich wäre, erzeugt doch der einfache Zeitablauf eine rechtlich so erhebliche Tatsache, daß diese nie belanglos sein kann.

Das Gleiche kann sich bei einer fortgesetzten Straftat ergeben. A begeht zum Beispiel eine längere Zeit hindurch — etwa ein Jahr lang — einen fortgesetzten Betrug zum Nachteile des B. Mitten im Laufe dieser Straftat wird er zum zweiten Male wegen — eines anderen — Betruges bestraft und rückfällig. Der teils vor teils nach dem Eintritte der Rückfälligkeit verübte fortgesetzte Betrug zum Nachteile des B wird damit zum Verbrechen; RGSt. 47, 308. Wäre A unmittelbar vor dem Eintritte der Rückfälligkeit wegen eines Diebstahls verurteilt worden und diese Strafe noch nicht verbüßt usw., so wäre die Rechtslage wie beim Beispiel 2.

Dazu kommt, daß nach dem Beschlusse vom 22. März 1912 derjenige, der seine verbrecherische Tätigkeit vor der früheren Verurteilung begonnen und sie darüber hinaus fortgesetzt hat, rechtlich besser gestellt wäre, als derjenige, der sie — unter gleichen Verhältnissen im übrigen — unmittelbar nach der früheren Verurteilung beginnt; ersterer hätte den Vorteil der Gesamtstrafe, letzterer nicht und dies, obwohl seine verbrecherische Tätigkeit geringer wäre als die des ersteren.

Das alles zeigt wieder, daß Kollektiv-, Dauer- und fortgesetzte Delikte im Sinne des § 79 StGB. erst dann begangen sind, wenn sie vollständig abgeschlossen sind.

Das hat übrigens das Oberste Landesgericht selbst schon anerkannt. In seinem Beschlusse vom 21. August 1909, Beschw.-Reg. Nr. 594/09 (ObLG. StS. 9, 314) hatte es folgenden Fall zu entscheiden. Str. war rechtskräftig verurteilt:

a) vom Schöffengericht W. am 16. November 1908 wegen Sachbeschädigung zu 3 Wochen Gefängnis;
b) vom Landgericht W. am 23. Juni 1909 wegen
   1. eines Verbrechens des Diebstahles, verübt am 17./18. Oktober 1908 zu 1 Jahre Zuchthaus;
   2. eines Vergehens der Zuhälterei begangen vom Oktober 1908 bis Dezember 1908 zu 2 Jahren Gefängnis;
   3. eines weiteren Vergehens der Zuhälterei, verübt vom Dezember 1908 bis März 1909 zu 10 Monaten Gefängnis;
   4. eines Vergehens der Hehlerei, begangen am 7./8. März 1909 zu 8 Monaten Gefängnis.

Die Strafe vom 16. November 1908 war am 23. Juni 1909 noch nicht verbüßt und dem Landgerichte nicht bekannt; es bildete deshalb aus den vier unter b aufgeführten Einzelstrafen eine Gesamtstrafe von 3 Jahren Zuchthaus. Durch Beschluß vom 24. Juli 1909 wurde sie aufgehoben; gleichzeitig wurden zwei neue Gesamtstrafen gebildet und zwar die eine aus den Strafen a und b 1 — 3 Wochen Gefängnis und 1 Jahr Zuchthaus — und die andere aus den Strafen b 2, 3 und 4 — 2 Jahre, 10 und 8 Monate Gefängnis. In seinem Antrag auf Bildung dieser zwei Gesamtstrafen hatte der Staatsanwalt ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die mit 2 Jahren Gefängnis bestrafte Zuhälterei teils vor und teils nach dem früheren Urteile vom 16. November 1908 verübt, daß sie aber im Sinne des § 79 StGB. erst nach ihrem Abschlusse, also nach der früheren Verurteilung begangen sei.

Das Landgericht schloß sich dem ohne weitere Ausführung an. Der Angeklagte legte gegen den Beschluß vom 24. Juli 1909 Beschwerde ein. Der Generalstaatsanwalt bemerkte dazu, daß die vom Oktober 1908 bis Dezember 1908 verübte Zuhälterei als erst nach dem früheren Urteile vom 16. November 1908 begangen anzusehen sei. Das Oberste Landesgericht hat in dem Beschlusse vom 21. August 1909 die zulässige Beschwerde verworfen. Aus den Gründen dieses Beschlusses ist hier anzuführen:

„Zu einer Gesamtstrafe kann .. auf Grund der § 79 StGB. und § 494 StPO. die in einem früheren Urteile ausgesprochene Strafe nur vereinigt werden mit einer Strafe, die in einem späteren Urteile wegen einer vor der früheren Verurteilung begangenen Tat erkannt worden ist;



Strafen, die in dem späteren Urteile wegen mehrerer strafbarer Handlungen ausgesprochen wurden, die erst nach der früheren Verurteilung begangen wurden, können mit der in dem früheren Urteile ausgesprochenen Strafe nicht vereinigt werden, sondern sind auf eine weitere selbständige Gesamtstrafe zurückzuführen."

„Am 16. November 1908 hätte aber in Ansehung der den Gegenstand des Urteiles vom 23. Juni 1909 bildenden 4 Straftaten die Aburteilung nur wegen des damals bereits begangenen Verbrechens des Diebstahles, nicht auch wegen der erst später begangenen 3 anderen Vergehen erfolgen können. Daher konnte in dem angefochtenen Beschlusse (des Landgerichtes) eine Gesamtstrafe nur gebildet werden aus den wegen Sachbeschädigung und Diebstahl ausgesprochenen Einzelstrafen und mußte eine weitere Gesamtstrafe gebildet werden aus den für die 3 übrigen Vergehen angenommenen Einzelstrafen von 2 Jahren, 10 und 8 Monaten Gefängnis."

Hier hatte also das Oberste Landesgericht genau die gleiche Frage zu entscheiden, wie in dem Beschlusse vom 22. März 1912; es hat sie gerade im entgegengesetzten Sinne entschieden; es hat erklärt, daß die teils vor teils nach dem 16. November 1908 verübte Zuhälterei im Sinne des § 79 StGB. erst nach dem 16. November 1908 begangen ist. Es hat diese Auffassung zwar nicht näher begründet, aber trotzdem nicht ohne nähere Prüfung gewonnen. Denn die Frage war zweimal ausdrücklich zur Erörterung gestellt. Daraufhin erfolgte ihre Beantwortung in dem allein richtigen Sinne.

Das Aufrechnungsrecht des Erstehers im Zwangsversteigerungsverfahren.[1])

Von Rechtsanwalt Richard Berolzheimer in München.

1. Das Reichsgericht nimmt in, soweit ersichtlich, ständiger Rechtsprechung sowohl nach altem wie nach neuem Rechte der Zwangsvollstreckung in Grundstücke an, daß der Ersteher den Anspruch der Realgläubiger auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös jedenfalls insolang nicht durch Aufrechnung erfüllen kann, als nicht die Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten gemäß § 118 ZwVG. übertragen ist.

Schon in RGZ. V, 310 bestreitet das Reichsgericht die Zulässigkeit der Aufrechnung vor diesem Zeitpunkte mit der Begründung: „Dem einzelnen Hypothekgläubiger steht bezüglich des Kaufgeldes, solange nicht solches als Rückstand überwiesen ist, ein Gläubigerrecht gegen den Ersteher nicht zu, der Ersteher ist also wegen des Kaufgeldes nicht der Schuldner des Hypothekgläubigers." Aehnlich lautet die Begründung in RGZ. 64, 311: „Darüber kann kein Zweifel bestehen, daß die an der Zwangsversteigerung beteiligten Gläubiger, von dem Fall des § 118 abgesehen, keinen Anspruch auf Zahlung gegen den Ersteher, mit dem sie in gar keinem Vertragsverhältnisse stehen, sondern nur ein Recht darauf haben, nach den für das Zwangsversteigerungsverfahren gegebenen Vorschriften wegen ihrer Forderungen befriedigt zu werden." In RGZ. 72, 344 verweigert das Reichsgericht ebenfalls dem Ersteher die Aufrechnung. Die gleiche Auffassung vertritt das Oberlandesgericht Jena in Seuff. Arch. Bd. 67 Nr. 121.

Die Rechtswissenschaft hat sich der Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen. Steiner, 2. Aufl. § 117 Anm. 4 sagt z. B.: „Der Ersteher kann nicht gegenüber der zum Zug gekommenen Forderung eines anderen Beteiligten, der sein Schuldner ist, kompensieren; denn ersterer schuldet den Stricherlös nicht den Beteiligten, sondern dem Subhastaten, wenigstens solange die Forderung noch nicht übertragen ist." Ebenso bei § 144 Anm. 2a Fußnote 3. Gleicher Ansicht Jaeckel-Güthe 3. Aufl. § 117 Anm. 1 und § 118 Anm. 4, Fischer und Schäfer, Zwangsvollstreckung 2. Aufl. Anm. 2, letzter Absatz zu § 115, Anm. 1 zu § 118, von der Pfordten Anm. II 1 zu § 107, IV 4 zu §§ 116—118.

Die Richtigkeit der Anschauung des Reichsgerichts kann aber nicht anerkannt werden.

2. Rechtsprechung und Rechtslehre begründen ihren die Aufrechnung ablehnenden Standpunkt mit der Erwägung, es seien vor der Uebertragung der Forderung gegen den Ersteher auf die Beteiligten keine Rechtsbeziehungen zwischen Ersteher und Beteiligten vorhanden, diese Beziehungen seien aber die notwendige Voraussetzung der Aufrechnung (§ 387 BGB.).

Welches ist nun das Verhältnis zwischen Ersteher und Realberechtigten, ehe die Uebertragung stattgefunden hat?

Durch die Verkündung (§ 89) oder Zustellung (§ 104) des Zuschlagsbeschlusses erlöschen die Rechte an den Grundstücken, welche nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen (§ 91). Was an die Stelle der Rechte tritt, ist im Gesetze ausdrücklich nur für die Rechte bestimmt, die nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet sind, wie Grunddienstbarkeiten, § 92. Bleibt dagegen eine Hypothek nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen, fällt sie aber noch in das Meistgebot, so ist eine gesetzliche Regelung des Schicksals dieser ehemaligen, durch den Zuschlag erloschenen Hypothek bis zum Zeitpunkt der Uebertragung nach § 118 nirgends getroffen, namentlich nicht im § 92.

Doch ergibt sich, wie RGZ. 71, 404 aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nachweist, aus anderen Vorschriften des Gesetzes das sog. „Surro-

[1]) Zahlen ohne weitere Angabe beziehen sich auf die Paragraphen des ZwVG.



gationsprinzip", d. h. der Grundsatz, daß der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Grundstücks tritt. „Die Forderung aus dem Meistgebot steht nicht den Gläubigern, deren Ansprüche nach dem Ergebnis der Zwangsversteigerung gedeckt erscheinen, zu den Beträgen zu, für die der einzelne Gläubiger Deckung findet, sondern ist den Rechten der Gläubiger unterworfenes, zur Befriedigung der Gläubiger bestimmtes Vermögen des bisherigen Eigentümers des versteigerten Grundstücks", sagt das Bayerische Oberste Landesgericht für das frühere bayerische Recht, ObLGZ. Bd. 4 Nr. 110 S. 506. Vgl. auch Steiner § 23 Anm. 3 A, § 92 Anm. 1, ferner OLGRspr. Bd. 20 S. 355: „Nach dem das Verfahren beherrschenden Surrogationsprinzip ist mit allen rechtlichen Beziehungen der Erlös an Stelle des Eigentums, also in das Vermögen des Subhastaten getreten .... Die Beschlagnahme erstreckt sich kraft des Surrogationsprinzips auf den Erlös und bewirkt dessen Pfändung zugunsten der beteiligten Gläubiger." Dieser Grundsatz der Ersetzung folgt namentlich aus den §§ 10, 37 Nr. 5, 109 Abs. 2, 118.

Allerdings erfolgt nach § 107 Abs. 2 die von dem Ersteher im Termin zu leistende Zahlung an das Gericht. Dadurch erlangt aber das Gericht nicht einen privatrechtlichen Anspruch auf Zahlung des Erlöses, es wird nicht etwa selbst an Stelle des bisherigen Eigentümers Gläubiger der durch Meistgebot und Zuschlag für den Ersteher entstandenen Schuld. Gläubiger bleibt vielmehr der bisherige Eigentümer. Dies sprechen auch RGZ. 64, 311 und 72, 344 aus.[4]) Nur der Verfügung des Schuldners ist die Forderung entzogen, er kann sie nicht einziehen, nicht dagegen aufrechnen oder sie sonstwie beseitigen, der Ersteher kann nicht mit befreiender Wirkung an ihn zahlen. Nicht aber begründet § 107 Abs. 2 selbständig eine Verpflichtung des Erstehers zur Zahlung des Meistgebots, er ordnet nur an, daß die Zahlung, wenn sie überhaupt im Termin geleistet wird, dann an das Gericht erfolgen soll. Es wird also hier vorausgesetzt, nicht gefordert, daß im Verteilungstermin gezahlt wird. Zahlt der Ersteher nicht, dann greift das Uebertragungsverfahren des § 118 Platz. Zahlt er, dann übernimmt das Gericht gemäß § 107 die Uebermittlung der gezahlten Summe an die Hebungsberechtigten; Gläubiger dieser Summe ist aber immer der bisherige Eigentümer, wenn er auch mit Rücksicht auf die Rechte, welche an dem Grundstück bestanden und sich am Erlös fortsetzen, nicht über diesen verfügen darf.

Die Hypothekgläubiger hatten bis zum Zuschlag (Verkündigung oder Zustellung, s. o.) ein Pfandrecht an dem Grundstück (mag der Ausdruck „Pfandrecht" für Rechte an Grundstücken sich auch im BGB. nirgends, sondern nur im EGzBGB. Art. 192 finden). Nach Erlöschen des Pfandrechts an dem Grundstücke setzt sich das Recht der Hypothekgläubiger, soweit sie zum Zuge kommen, als Pfandrecht an dem Erlös, d. h. zunächst an der Forderung des Schuldners gegen den Ersteher auf Zahlung des Meistgebots fort (vgl. von der Pfordten Anm. II zu § 107). Der Anspruch der Hypothekgläubiger, für welche hiernach dieses Pfandrecht besteht, gilt gemäß § 111 als fällig, soweit es sich um die Befriedigung aus dem Erlös handelt, mag auch die Fälligkeit nach dem ursprünglichen Schuldverhältnisse noch nicht eingetreten sein und für die persönliche Haftung des Schuldners und von mithaftenden Dritten auch jetzt noch nicht bestehen.

Es ist also die Forderung des Schuldners gegen den Ersteher auf Zahlung des Erlöses zugunsten einer fälligen Forderung von Gläubigern des Subhastaten, d. i. des Gläubigers des Erstehers, mit einem Pfandrecht belastet.

Auf diesen Tatbestand kann unbedenklich § 1282 BGB. angewendet werden.

§ 1282 BGB. betrifft zunächst die durch Rechtsgeschäft begründeten Pfandrechte an Rechten. Gemäß §§ 1273, 1257 BGB. ist er aber auch entsprechend anzuwenden auf die kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechte. Mag man nun annehmen, daß es sich bei dem Ersatzrechte des früheren Hypothekars um ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht, die Hypothek, handelt, welches sich durch einen außerhalb des Vertragsrahmens liegenden Umstand in ein Pfandrecht an einer Forderung verwandelt hat, ohne seine Eigenschaft als Vertragspfandrecht einzubüßen, oder mag man das Gewicht statt auf die ursprüngliche Natur des Rechtes mehr auf die Natur des jetzt bestehenden Rechtes legen und deswegen ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht an einer Forderung annehmen: immer hat nach dem Zuschlag der frühere Hypothekgläubiger, der „Pfandgläubiger", wegen einer fälligen Forderung ein Pfandrecht an einer Forderung seines Schuldners, des „Gläubigers", gegen den Ersteher, den „Schuldner".

Man kann diese Auffassung nicht mit einem Hinweise auf §§ 830, 835 ZPO. ablehnen. Richtig ist zwar, daß bei der Forderungspfändung durch die Pfändung der Drittschuldner nicht verpflichtet wird, an den Gläubiger zu bezahlen, und dieser nicht zur Geltendmachung der Forderung befugt ist, daß es vielmehr hier zum Zweck der Verwertung der gepfändeten Forderung durch den Gläubiger noch eines besonderen gerichtlichen Vorgangs, der rechtsbegründenden Ueberweisung bedarf; diese Bestimmung wurde aber nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit getroffen und kann daher nicht rechtsähnlich auf nicht gleichgelagerte Fälle angewendet werden. Die Trennung der Ueberweisung von der Pfändung hat nämlich den Zweck, die letztere ohne Einschränkung bei der Regelung im Arrest verwerten zu können, wo sie nicht zur Ueberweisung führt. Motive zum Entwurf III S. 433 f., Seuffert 11. Aufl. Anm. 1a zu § 835.

[4]) Ebenso von der Pfordten Anm. II 1, Steiner Anm. 4 zu § 107.

Dagegen besteht doch kein Zweifel, daß die Ersetzung des Grundstücks durch den Erlös und das Weiterbestehen des Grundstückspfandrechts als Pfandrecht an der Forderung des Schuldners gegen den Ersteher eine über die Pfändung einer Geldforderung hinausgehende Wirkung erzeugt. Es kann namentlich der Ersteher ohne die Gefahr einer Doppelzahlung an den Realberechtigten zahlen, auch ohne daß eine Ueberweisung stattgefunden hat. Zwar sieht auch das Zwangsversteigerungsgesetz die Uebertragung der zunächst dem Subhastaten zustehenden Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten vor. Diese Uebertragung hat aber entsprechend der Ueberweisung an Zahlungs Statt die Wirkung einer Befriedigung; sie soll nicht die Befugnis des Gläubigers vorbereiten, vom Drittschuldner Befriedigung zu verlangen, sondern unter Vernichtung des Pfandrechts diese vertreten. Eine Ueberweisung zahlungshalber, bei welcher der bisherige Gläubiger der gepfändeten Forderung auch fortan Inhaber der Forderung, bloß mit den durch die Pfändung begründeten Verfügungsbeschränkungen, bleibt, dagegen der Pfandgläubiger nur kraft des Pfandrechts die Forderung einziehen kann, kennt das ZwVG. nicht. Es bedurfte der Ueberweisung zur Einziehung auch nicht, weil keine Vorschrift dieses Gesetzes das aus der Hypothek entstandene Pfandrecht an der Forderung gegen den Ersteher in die Schranken eines Nur-Pfandrechts bannt und ihm die Wirkung der Einziehungsbefugnis nimmt.

Die Hypothekgläubiger haben daher nach dem Zuschlage zugunsten ihrer fälligen Forderungen ein Pfandrecht an der Forderung des Schuldners gegen den Ersteher, sie sind zur Einziehung dieser Forderung berechtigt und der Ersteher kann nur an sie leisten, mögen auch diese Befugnisse durch die besonderen Vorschriften der §§ 105 ff. ZwVG. gegenüber § 1282 BGB. eingeschränkt sein. Daß der Schuldner selbst nicht zur Einziehung der Forderung berechtigt ist, an welcher das Pfandrecht besteht, der Ersteher an ihn nicht zahlen darf, beeinträchtigt das Recht des Pfandgläubigers nicht. Denn gerade zu seinen Gunsten besteht diese Beschränkung. Sie soll eine Verfügung über die Forderung durch einen andern als durch ihn verhindern.

3. Die Entscheidung der Frage, ob der Ersteher gegen die Forderung eines zum Zuge kommenden Berechtigten mit einer ihm gegen diesen Berechtigten zustehenden Forderung aufrechnen darf, hängt daher von der Zulässigkeit der Aufrechnung durch den Drittschuldner gegen den Pfandgläubiger im Falle des § 1282 BGB. ab. Sie wird bestritten z. B. von Turnau-Förster § 1282 Anm. 4. Doch hat sich das Reichsgericht selbst in rechtlich überzeugenden Ausführungen der von den Bedürfnissen der Praxis geforderten gegenteiligen Anschauung angeschlossen: „Wer eine Forderung im eigenen Interesse durch Entgegennahme der Zahlung einziehen darf, wird sie auch im Wege der Aufrechnung zu realisieren berechtigt sein.“ (RGZ. 58, 109). Daraus leitet das Reichsgericht gerade für den Fall des § 1282 ab, daß, wie der Pfandgläubiger gegenüber dem Schuldner, so auch der Schuldner gegenüber dem Pfandgläubiger aufrechnen und dadurch die verpfändete Forderung erfüllen darf. Auch das Bayerische Oberste Landesgericht (ObLGZ. Bd. 11 Nr. 44, S. 223) gleicht die Einziehungsbefugnis dem Forderungsrechte an: „Wenn auch die Forderung nicht auf denjenigen, dem eine Forderung durch Vertrag verpfändet wurde, übertragen ist, nimmt er doch nach § 1282 BGB. in bezug auf das Recht der Einziehung der Forderung die gleiche Rechtstellung ein, als wenn ihm die Forderung voll übertragen wäre; er macht das Recht des Gläubigers, seines Schuldners, geltend kraft eigenen Rechts, kraft seines Pfandrechts.“ Die Anschauung des Reichsgerichts, daß der Schuldner aufrechnen darf, wird geteilt von Falkmann,[3] Crome,[4] Planck,[5] Biermann.[6] Für den Fall der Pfändung und Ueberweisung einer Forderung erachtet auch Seuffert zu § 835 ZPO. Anm. 3 I c letzter Absatz den Drittschuldner für befugt, eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung gegen die überwiesene Forderung aufzurechnen (ebenso Stein Anm. VII zu § 835).

4. Kann aber der Schuldner im Falle des § 1282 BGB. den Pfandgläubiger durch Aufrechnung befriedigen, so muß die gleiche Befugnis dem Ersteher gegen den Realberechtigten zustehen.

Das Ergebnis der Untersuchung ist also, daß **der Ersteher den Anspruch der Realgläubiger auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse schon vor der Uebertragung (§ 118 ZwVG.) durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Berechtigten zustehenden Forderung erfüllen kann.**

Kleine Mitteilungen.

Antragsteller und Hauptsache bei der einstweiligen Verfügung. Wer kann Antrag auf einstweilige Verfügung stellen, und was ist deren Hauptsache? Diese Frage ergab sich in folgendem Falle:

Ein Bezirksagent, dem seiner Meinung nach zu unrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt war, hatte mit verschiedenen auf Vertragserfüllung abzielenden Anträgen gegen die Geschäftsherrin geklagt. Diese beantragte nach der Erhebung der Klage gegen sie eine einstweilige Verfügung des Inhalts, daß der Kläger sich nicht weiter als ihr Agent bezeichnen, Geschäfte für sie nicht mehr schließen, Gelder nicht mehr einkassieren und irgendwelche Verbindlichkeiten nicht mehr eingehen oder erfüllen dürfe. Kann nun auch der Beklagte eine einstweilige Ver-

[3]) Gruchot, Beiträge Bd. 44 S. 109.
[4]) System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Bd § 514 Fußnote 61.
[5]) 3. Auflage Anm. I b Abs. III zu § 1282.
[6]) Sachenrecht Anm. I d zu § 1282.

fügung erwirken, ohne daß er Widerklage erhebt oder selbständig klagt? Ist die Klage auf Vertragserfüllung auch für die erbetene einstweilige Verfügung die Hauptsache?

Güthe in BuschZ. 24, 370 bezeichnet eine einstweilige Verfügung, mag sie auf Grund des § 935 oder des § 940 ZPO. beantragt sein, nur als eine vorweggenommene Zwangsvollstreckung. Hat nun der Beklagte nur ein Recht auf Abweisung der Klage, nicht dagegen ein Recht auf Zwangsvollstreckung, so besteht auch kein Anlaß zur Sicherung der Zwangsvollstreckung.

Dieser Rechtssatz ist bisher, soweit mir bekannt ist, weder in der Rechtslehre noch in der Rechtsprechung ausdrücklich ausgesprochen worden; jedoch ergibt er sich aus der Natur der Sache. Nur er kann gemeint sein, wenn die Mot. S. 457 und auf sie gestützt die Kommentare zur ZPO. (wie Petersen zu § 940 Anm. 5, Struckmann-Koch, 9. Aufl, Anm. 1 zu § 936, Seuffert Anm. 2 zu § 940) erklären, daß eine einstweilige Verfügung keine Aenderung der Parteirollen in der Hauptsache zur Folge hat. Weiter ergibt er sich auch daraus, daß in keinem der veröffentlichten Erkenntnisse, bei denen einstweilige Verfügungen in Frage standen, der Antragsteller ein anderer war als der Kläger selbst, nicht der Beklagte.

Den Begriff der Hauptsache für eine einstweilige Verfügung bestimmt Gaupp-Stein (ZPO. § 919 II 1) als das Verfahren über den unmittelbar zu sichernden Anspruch selbst, im Falle des § 940 ZPO. als das Verfahren über das zu regelnde Rechtsverhältnis. Dieser Begriff ist ebenda in Bem. II 1 zu § 256 ZPO. als rechtliches Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Sachgut bestimmt; im vorliegenden Falle wäre darunter das rechtliche Verhältnis der Geschäftsherrin zu ihrem Bezirksagenten zu verstehen. Wie scharf hier die Grenzen einzuhalten sind, erläutert Gaupp-Stein in der Fortsetzung zu § 919 II 1 ZPO., indem er die verschiedensten Beispiele anführt und ausdrücklich auf das Erkenntnis des OLG. Hamm in OLGRspr. 7, 330 hinweist, wonach ein Rechtsstreit nicht dadurch zur Hauptsache wird, daß in ihm der gesicherte Anspruch durch Einrede geltend gemacht ist. Im gleichen Sinn erkannte das Reichsgericht am Ende seiner Entscheidung im Recht 12 Nr. 3163: „Darum kann es keinen wesentlichen Unterschied machen, ob der Klageantrag als Feststellungs- oder Leistungsantrag gefaßt ist, wofern die Klage selbst nur der Verwirklichung des Anspruchs dient und zu diesem Zweck anhängig gemacht ist." Zum gleichen Ergebnis zwingt endlich die Ausführung bei Falkmann, Zwangsvollstreckung, 2. Kap. § 10: „will Beklagter seinerseits eine zur Zwangsvollstreckung geeignete Entscheidung über seinen Gegenanspruch an Kläger haben, so kann er dies nur im Wege der Widerklage oder einer selbständigen Klage erreichen".

Auf dieser Grundlage ließ der erwähnte Bezirksagent, nachdem gegen ihn die beantragte einstweilige Verfügung erlassen war, beantragen anzuordnen, daß binnen einer zu bestimmenden Frist die Klage der noch nicht anhängigen Hauptsache erhoben werde. Dieser Antrag wurde abgewiesen und die Beschwerde zum Oberlandesgericht Nürnberg (163/12) mit folgender Begründung zurückgewiesen:

„Der Ansicht des Landgerichts, daß die Hauptsache schon durch die Klage auf Vertragserfüllung anhängig geworden sei, ist beizutreten. Das Gesetz enthält in dem hier gemäß § 936 ZPO. anzuwendenden § 926 ZPO. keine Begriffsbestimmung der Hauptsache und auch nicht in dem die Zuständigkeit bestimmenden § 919 ZPO. Die Hauptsache ist aber das Verfahren über den unmittelbar zu sichernden Anspruch selbst, im Falle des § 940 ZPO. das Verfahren über das zu regelnde Rechtsverhältnis (Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. § 919 II 1). Hiernach ist hier die Hauptsache anhängig. Denn die einstweilige Verfügung bezweckt die vorläufige Feststellung der Folgen der Kündigung des zwischen den Parteien begründeten Agenturverhältnisses; die Klage bezweckt aber die Erfüllung dieses Vertrages und die Regelung des Vertragsverhältnisses zwischen den Streitsteilen trotz dieser Kündigung. Das Rechtsverhältnis, das den beiden Verfahren zugrunde liegt, ist also dasselbe. Demnach ist keine weitere Klage mehr zu erheben."

Diese Begründung dürfte kaum mit der angeführten Rechtslehre und Rechtsprechung in Einklang gebracht werden können, ebensowenig mit dem Wortlaut des Gesetzes. Allein sie hat den Vorzug, daß sie einem praktischen Bedürfnis entgegenkommt und insbesondere dem Beklagten Kosten erspart, da ja nach ihr der Beklagte keinen Weg zu suchen braucht, um Kläger oder Widerkläger zu werden, und so den formalen Forderungen des Gesetzes zu genügen.

Rechtsanwalt Landau in Nürnberg.

Der Berichtigungsanspruch des Minderjährigen nach dem Preßgesetz. Begriff der Beteiligung i. S. des § 11 des PreßG. Die Münchner Freie Studentenschaft, eine Vereinigung von nichtinkorporierten Studenten, verlangte durch ihren Vorsitzenden von einer Zeitung die Aufnahme einer Berichtigung. Der Vorsitzende, der dieses Verlangen stellte, war minderjährig. Da die Aufnahme der Berichtigung abgelehnt wurde, beantragte namens des Minderjährigen dann ein Rechtsanwalt die Strafverfolgung. Das Verfahren endete mit einem freisprechenden Urteil. Zur Begründung wurde ausgeführt, ein Minderjähriger könne keinen Berichtigungsanspruch geltend machen, da dieser bürgerlichrechtliche Folgen haben könne. Das Urteil wurde rechtskräftig. Die Begründung des Urteils kann nicht unwidersprochen bleiben.

Das Gericht begründet den Freispruch mit der Bemerkung: „Der Anspruch sei von einem Minderjährigen erhoben worden; seinem ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gestellten Ersuchen komme keine rechtliche Wirkung zu (BGB. §§ 107, 111). Die angeführte Vorschrift bestimmt zwar, daß ein Minderjähriger ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters kein einseitiges Rechtsgeschäft vornehmen könne. Das Gericht hat jedoch übersehen, daß hier der Minderjährige als Vertreter einer Körperschaft um die Aufnahme der Berichtigung ersucht hat; gemäß § 165 BGB. ist es hiernach gleichgültig, ob der Vertreter minderjährig oder volljährig war, da die Wirksamkeit der von einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

Abgesehen davon handelte es sich um eine das studentische Leben betreffende Angelegenheit des Minderjährigen. Nach den Anschauungen des Verkehrs liegt aber in der Entsendung des Minderjährigen auf eine fremde Universität unter Zuweisung eines bestimmten Einkommens auch die stillschweigende Er-



mächtigung, die auf das studentische Leben bezüglichen Rechtsgeschäfte wirksam vorzunehmen. Es könnte hiernach § 113 BGB. entsprechend angewendet und die einseitige Rechtshandlung des Minderjährigen als wirksam behandelt werden.

Die Geltendmachung eines Berichtigungsanspruchs nach dem PreßG. ist aber überhaupt kein Rechtsgeschäft i. S. des BGB., sondern eine einseitige öffentlichrechtliche Handlung, ihre Wirksamkeit ist unabhängig von bürgerlichrechtlichen Vorschriften. Oeffentlichrechtliche Ansprüche können möglicherweise auch bürgerlichrechtliche Folgen haben, nichtsdestoweniger sind ihre Voraussetzungen nicht nach dem BGB. zu beurteilen. Es bedarf nur des Hinweises auf das Strafantragsrecht, das die Antragsmündigkeit schon mit dem vollendeten 18. Lebensjahr eintreten läßt.

Der mitgeteilte Fall gibt auch Anlaß zu der Frage, ob der Vertreter der Münchner Freien Studentenschaft i. S. des § 11 PreßG. beteiligt war. In der Mitteilung der Zeitung, die zu dem Ersuchen um Berichtigung führte, war nur von einem „akademischen Komitee für Schulreform der Freien Studentenschaft" und zwar in Wien die Rede. Da der Begriff „Freie Studentenschaft" jedoch als einheitlicher Sammelbegriff und als Kennwort für eine bestimmte Körperschaft bekannt ist, so ist i. S. des § 11 jedes Mitglied einer Teilkörperschaft der „Freien Studentenschaft" beteiligt, soweit für ihn ein sachliches Interesse besteht. Wie Liszt (das „Deutsche Reichspresserecht" S. 95) ausführt, und wie auch bei Wulffen (RPreßG. 5. Aufl.) ausdrücklich hervorgehoben ist, genügt für das Vorliegen einer „Beteiligung" jedes rechtlich beachtete Interesse an der Berichtigung, auch wenn der Antragsteller weder genannt, noch sonst bezeichnet ist (vgl. auch RGSt. 3, 40). Die „Münchner Freie Studentenschaft" war in den Zeitungskampf verwickelt gewesen, der zu dem Ersuchen um Berichtigung führt. Eine Behauptung über die „Freie Studentenschaft" berührt daher den Bestandteil der gesamten „Freien Studentenschaft", der sich in der „Münchner Freien Studentenschaft" verkörpert, auch wenn eine „Freie Studentenschaft" einer anderen Universität genannt war.

Gesetzespolitisch fällt auf, daß die Person, der vorwiegend an der Verfolgung des Herausgebers liegen muß, sich nicht an dem Verfahren beteiligen kann. Eine Nebenklage oder ein Anschluß des Beteiligten an das öffentliche Strafverfahren ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen des § 435 StPO. gegeben sind, wenn also durch die Mitteilung einer Tatsache in der Presse eine strafbare Beleidigung begangen wurde, auf Grund deren der Beteiligte auch als Privatkläger auftreten könnte, oder wenn der Beteiligte einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 170 StPO. gestellt hat und die Mitteilung in der Presse eine strafbare Handlung gegen das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, den Personenstand oder die Vermögensrechte des Beteiligten enthielt. Es wäre zweckmäßig, wenn dem Beteiligten das Recht der Nebenklage zugebilligt würde, da ihm kein Privatklagerecht zusteht, wenn nicht eine Beleidigung vorliegt.

Rechtsanwalt Dr. Michael Siegel in München.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

Zivilsachen.

I.

Kann bei Abtretung einer Briefhypothek der neue Gläubiger den bisherigen auf Verschaffung des in den Händen eines Dritten befindlichen Hypothekenbriefes verklagen, nachdem er den Anspruch gegen den Dritten auf Herausgabe des Briefes hat pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen? Kann er dem bisherigen Gläubiger im Prozeß eine Frist nach § 283 BGB. setzen und in welcher Höhe kann er nach Ablauf der Frist Schadenersatz beanspruchen? Der Vater des Klägers und der Beklagte waren die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Ersterer wurde beerbt zu 1/4 von seiner Witwe, der Mutter des Klägers, und zu 3/4 von dem Kläger. Bei der Auseinandersetzung der Erben mit dem Beklagten übernahm dieser das Geschäft mit Forderungen und Schulden, wogegen die Erben als Abfindung 7900 *M* erhielten; dieser Betrag wurde „in der Weise gezahlt", daß der Bekl. eine für die Firma eingetragene Hypothek von gleicher Höhe an die Erben abtrat. Hieran schließt sich in der Urkunde die förmliche Abtretungserklärung an. Der Hypothekenbrief befand sich damals in den Händen des Bankiers W., dem die Hypothek zur Sicherheit für einen der Firma gewährten Kredit verpfändet war. Durch Schreiben vom 22. März 1903 erbat daher der Beklagte von dem Bankier die Herausgabe des Hypothekenbriefes, die dieser ablehnte. Am 1. Oktober 1904 erwirkten der Kläger und seine Mutter ein rechtskräftig gewordenes Versäumnisurteil gegen den Beklagten auf Herausgabe des Hypothekenbriefes frei von Rechten Dritter. Durch Beschluß vom 30. Dezember 1904 haben der Kläger und seine Mutter sich die Ansprüche des Beklagten gegen den Bankier W. auf Herausgabe des Hypothekenbriefes zur Einziehung überweisen lassen. Im Jahre 1906 klagte der Kläger gegen den Bankier auf Herausgabe des Hypothekenbriefes, wurde aber durch rechtskräftig gewordenes Urteil abgewiesen. Der Kläger, dem bei der Auseinandersetzung mit seiner Mutter deren Anteil an den durch den Vertrag mit dem Bekl. erworbenen Rechten übertragen worden ist, beansprucht von dem Beklagten Zahlung von 7900 *M* nebst Zinsen sowie Befreiung von der Kostenschuld aus dem erfolglosen Rechtsstreit gegen den Bankier. In dem jetzigen Rechtsstreit hat er in einem Schriftsatze vom 17. Februar 1911, der unmittelbar darauf dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten zugestellt worden ist, diesem eine Erklärung i. S. des § 283 BGB. mit Stellung einer Frist von zwei Wochen zugehen lassen. Das OLG. billigte die Entscheidung des LG., daß der Beklagte Schadenersatz in Höhe des Wertes der Hypothek leisten müsse, und zwar in Höhe des Wertes, den sie zur Zeit des Ablaufs der gemäß § 283 BGB. gestellten Frist gehabt habe. Die Revision war erfolglos.

Aus den Gründen: Das BG. führt aus, der Beklagte sei rechtskräftig zur Herausgabe des Hypothekenbriefes, frei von Rechten Dritter, verurteilt gewesen; es habe ihm obgelegen, den Bankier W. zur Herausgabe des Briefes zu veranlassen, wenn die Hypothek diesem verpfändet gewesen sei, durch Beseitigung des Pfandrechts, bei grundloser Verweigerung der Herausgabe durch Klage. Die zweiwöchige Frist, über deren Angemessenheit kein Streit bestehe, habe wirksam in einem Schriftsatze des Prozeßbevollmächtigten des Klägers dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten erklärt werden können, und zwar mit der Wirkung, daß sich nach fruchtlosem Ablaufe der Frist gemäß § 283 BGB. der Anspruch auf Herausgabe in einen solchen auf Schadensersatz d. h. auf Zahlung des Geldbetrags umgewandelt habe, der dem Werte der Hypothek zur Zeit des Ablaufs der Frist entsprochen habe; diese sei gemäß

§ 1154 BGB. durch Erteilung der Abtretungserklärung ohne Uebergabe des Hypothekenbriefes nicht abgetreten worden. Die Ueberweisung zur Einziehung ersetze die Uebergabe nicht, da sie das Gläubigerrecht selbst nicht übertrage (RGE. 63, 218). Diese Ausführungen sind nicht zu beanstanden, insbesondere auch nicht die Erörterungen des Urteils betr. die Zulässigkeit der Erklärung mit Fristsetzung aus § 283 BGB. in einem Schriftsatze des Prozeßbevollmächtigten des Klägers (RGZ. 63, 411). Die Revision greift das Urteil hauptsächlich insoweit an, als es den Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß vom 30. Dezember 1904 für die Frage gewürdigt hat, ob er der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs entgegenstehe. Es hebe zwar hervor, daß dem W. durch den Beschluß „freilich untersagt" worden sei, den Brief dem Beklagten herauszugeben; es nehme aber rechtsirrtümlich an, daß der Beklagte diesen vom Kläger und seiner Mutter erwirkten Beschluß zu vertreten habe. Ein Gläubiger dürfe nicht eine Leistung von dem Schuldner verlangen und ihm gleichzeitig diese Leistung unmöglich machen oder erschweren. Jedenfalls könne er während eines solchen von ihm geschaffenen widerspruchsvollen Zustandes nicht zu der Fristsetzung des § 283 BGB. übergehen. Sollte der Beklagte, wie das Urteil sage, zu einer „Mitwirkung" bei dem Pfändungs- und Ueberweisungsverfahren verpflichtet gewesen sein, so hätte der Kläger entsprechende Ansprüche an den Beklagten stellen und, wenn erforderlich, wegen deren Nichtbefolgung weitere Maßregeln ergreifen müssen. Diese Ausführungen sind nicht überzeugend. Es kann dahingestellt bleiben, ob das BG. dem Beklagten die Vertretung für den Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß mit Recht auferlegt; denn der Beschluß machte dem Beklagten die Leistung gar nicht unmöglich. Der Anspruch der damals Berechtigten beschränkte sich doch nicht darauf, daß der Beklagte ihnen den Hypothekenbrief aushändigte, sondern ging darauf, daß sie die Urkunde erhielten. Dies konnte der Beklagte erreichen, wie das BG. zutreffend bemerkt, indem er gegen W. auf Herausgabe an die Erben klagte. Nach der Meinung der Revision soll nicht ersichtlich sein, inwiefern eine solche Klage des Beklagten gegen W. hätte Erfolg haben können. Besaß letzterer den Brief ohne Rechtsgrund, so mußte die Klage Erfolg haben; weigerte er die Herausgabe mit Recht auf Grund seines noch bestehenden Pfandrechts — was nach Lage der Akten allein in Betracht kommen kann —, so hätte der Beklagte eben diesen Umstand zu vertreten. Die Revision stellt zur Nachprüfung, ob nicht der Wert der Hypothek zur Zeit der Auseinandersetzung maßgebend sei; sie verweist auf das Vorbringen im Tatbestande, wonach damals die Hypothek nur einen Wert von 1500 *M* gehabt habe und die inzwischen eingetretene erhebliche Wertsteigerung des Grundstücks dem Kläger nicht zugute komme; es sei auch anzunehmen, daß die Mutter des Klägers die Hypothek sofort veräußert hätte. Die Nachprüfung kann indessen zu einer Beanstandung der hierauf sich beziehenden Ausführungen des Urteils nicht führen. Der Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Briefes endete erst mit dem Ablaufe der aus § 283 BGB. gestellten Frist; erst mit der Herausgabe wäre die Wirkung herbeigeführt worden, die bei einer wirksamen Abtretung der Hypothek bestände. Danach hat das BG. mit Recht den Wert zugrunde gelegt, den die Hypothek bei Ablauf der Frist hatte, so daß eine etwaige Wertsteigerung des Grundstücks, die bis dahin erfolgt wäre und die Hypothek besser machte, dem Kläger zugute kommen würde (s. auch Urteil vom 30. Juni 1913, V 61/13; JW. 1913 S. 1035 Nr. 4). Es könnte daher darauf nicht ankommen, daß die Hypothek zur Zeit der Auseinandersetzung einen geringeren Wert gehabt haben soll und die Mutter des Klägers sie angeblich alsbald veräußert hätte. Denn da der Beklagte damals seine Vertragsgegner nicht in die Lage versetzt hat, über die Hypothek zu verfügen, so kann er dem Kläger auch nicht etwaige Folgen entgegenhalten, die bei dem Vorhandensein solcher Verfügungsbefugnis etwa eingetreten wären. Die Revision macht endlich geltend, der Wert der Hypothek könne nur dann maßgebend sein, wenn gegen Leistung dieses Wertes auch die Uebertragung der Hypothek rückgängig gemacht werde; sonst liege eine ungerechtfertigte Bereicherung vor. Dem ist einmal entgegenzuhalten, daß ein derartiges Verlangen in den voraufgegangenen Rechtszügen nicht gestellt worden ist. Ferner aber kommt in Betracht, daß die Abtretungserklärung allein ohne Uebergabe des Hypothekenbriefes eine wirksame Abtretung der Hypothek ja nicht herbeiführt. Hier liegt lediglich eine in dem Auseinandersetzungsvertrag enthaltene Abtretungserklärung vor, die nicht zurückgegeben werden kann. Es bedarf daher keines Eingehens auf die Frage, ob ein Rückgabeanspruch, falls er in einem der früheren Rechtszüge geltend gemacht worden wäre, dann berechtigt wäre, wenn der Beklagte die Abtretung in einem besonderen Schriftstück erklärt hätte. Ueberdies macht das auf Grund des § 283 BGB. ergehende Urteil die Abtretungserklärung ohne weiteres hinfällig. (Urt. des V. ZS. vom 2. Mai 1914, V 517/1913).

3447 E.

II.

Kenntnis des Geschäftsherrn von der Mäklertätigkeit als Voraussetzung für den Mäklerlohnanspruch. Aus den Gründen: Es ist zu unterstellen, daß der Kaufvertrag infolge des dem P. erteilten Mäklerauftrags und infolge der Tätigkeit des P. zustandegekommen ist. Den Mäklerlohn hat P. aber erst verdient, wenn die Klägerin als seine Auftraggeberin seine Dienstleistung angenommen hat. Die Annahme ist aber nur möglich, wenn die Klägerin vor Abschluß des Kaufvertrags von der Vermittlertätigkeit des P. Kenntnis erlangt hat. Diese Kenntnis des Auftraggebers von der Vermittlertätigkeit vor Abschluß des Vertrags ist auch deshalb Voraussetzung der Mäklerlohnforderung, weil sie, insbesondere das aus ihr hervorgehende Bewußtsein, den Mäklerlohn zu schulden, nicht ohne Einfluß auf die Entschließung des Auftraggebers sein wird, das vermittelte Geschäft einzugehen (RGZ. 47, 255; 31, 291). Daraus ergibt sich, daß eine Kenntnis der Vermittlertätigkeit dann nicht zu verlangen ist, wenn feststeht, daß der Auftraggeber auch bei Kenntnis der Vermittlertätigkeit nicht anders abgeschlossen haben würde. Denn alsdann war das Interesse des Auftraggebers an der vorgängigen Kenntnis gewahrt. Eine besondere Bekanntgabe der Vermittlertätigkeit wäre dann unnötig (RGZ. 68, 202). So liegt die Sache hier. Denn die Streitteile haben vorsichtshalber in dem notariellen Kaufvertrag die Bestimmung getroffen, daß Mäklerlohnansprüche des P. zu Lasten der Klägerin gehen, und der Beklagte versicherte dazu, er habe mit P. keine Vereinbarungen über dessen Mäklerlohn getroffen. Hiermit haben die Streitteile bekundet, daß sie mit Ansprüchen des P. aus dem Mäklervertrag gerechnet haben, und daß die Klägerin sich danach einrichtete. Eine Bekanntgabe des P. an die Klägerin, daß er vermittelt habe, wäre unter diesen Umständen zwecklos gewesen. (Urt. des III. ZS. vom 24. April 1914, III 54/14). — a —

3366

III.

Begriff des Werkmeisters. Wettbewerbsverbot (§ 133 f GewO.). Bindung durch Ehrenwort. Aus den Gründen: Nach § 133 f GewO. ist eine Vereinbarung zwischen dem Gewerbeunternehmer und einem der im § 133 a bezeichneten Angestellten, durch die der Angestellte für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, für den Angestellten nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch die eine unbillige Erschwerung seines Fortkommens ausgeschlossen wird. Die Bestimmung, die dem Kläger untersagte, innerhalb dreier

Jahre nach seinem Austritt in ein anderes Geschäft in S. einzutreten, ist eine Vereinbarung, wie sie der § 133 f im Sinne hat. Ihre Verbindlichkeit ist nach § 133 f jedoch nur zu prüfen, wenn der Kläger zu den im § 133a bezeichneten Personen, d. h. zu denen gehört, die nicht nur vorübergehend mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder einer Abteilung beauftragt (Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte) oder mit höheren technischen Dienstleistungen betraut sind (Maschinentechniker, Bautechniker, Chemiker, Zeichner u. dgl.). Wie der Senat in IW. 1911, 334[10] ausgesprochen hat, wird ein Zuschneider zu den mit höheren technischen Dienstleistungen betrauten Angestellten nur ausnahmsweise, bei besonders hervorragender Befähigung und bei einer Tätigkeit in Geschäften ersten Ranges gerechnet werden können. Solche Verhältnisse lagen hier nicht vor. Die Stellung eines Betriebsbeamten im engeren Sinne wird für einen Zuschneider überhaupt nicht in Frage kommen. Dagegen kann ein Zuschneider nach den Verhältnissen des Falles als Werkmeister anzusehen sein. Der Kläger hatte nun zwar zusammen mit einem älteren Zuschneider die Aufsicht über die im Geschäfte tätigen 30 Schneider auszuüben, auch über deren Zeiteinteilung zu befinden, für Aufrechterhaltung von Sitte und Ordnung in der Werkstatt zu sorgen, die Herstellung der Arbeit in den Händen der Arbeiter zu beaufsichtigen und zu leiten und den Gang und die Einrichtung des Betriebes zu bestimmen, soweit er in seinen Geschäftsbereich fiel, auch waren die Arbeiter ihm gegenüber zum Gehorsam verpflichtet. Allein das genügt nicht, um von einer Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder einer Abteilung zu sprechen. Entscheidend muß für die Stellung des Klägers in Betracht kommen, ob er überwiegend eine leitende oder beaufsichtigende Tätigkeit oder ob er überwiegend eine handwerksmäßige Tätigkeit ausübte. Nach seiner eigenen Behauptung wurde seine Zeit hauptsächlich durch seine handwerksmäßige Tätigkeit als Zuschneider in Anspruch genommen. Die beaufsichtigende oder leitende Tätigkeit trat zurück. Auch war er in der beaufsichtigenden und leitenden Tätigkeit nicht selbständig, er übte sie vielmehr gemeinschaftlich mit einem älteren Zuschneider aus. In bezug auf Anstellung und Entlassung von Arbeitern hatte er keine Befugnisse. Er kann daher nicht als Werkmeister angesehen werden, § 133f GewO. ist mithin nicht anwendbar. Die Bindung des Klägers auf Ehrenwort zur Einhaltung der im Wettbewerbsverbot enthaltenen Verpflichtungen verstieß allerdings nach der ständigen Rechtsprechung des Senats gegen die guten Sitten, war daher nichtig (§ 138 BGB.) und hätte auch die so übernommenen Verpflichtungen nichtig gemacht, wenn nicht anzunehmen wäre, daß die Streitteile den Vertrag auch ohne die Bindung des Klägers auf Ehrenwort geschlossen haben würden. Das ist aber anzunehmen. Denn daß die Streitteile der Bindung des Klägers auf Ehrenwort irgendwelche Bedeutung beigelegt hätten, ergibt sich aus ihrem Vorbringen nicht. Sie haben im Glauben an die Zulässigkeit einer solchen Bindung diese in den Vertrag aufgenommen, und die Beklagte hat sich sofort bereit erklärt, diese Bestimmung fallen zu lassen, nachdem der Kläger die Unzulässigkeit der Vereinbarung gerügt hatte. Durch die Ungültigkeit der Bindung auf Ehrenwort wird mithin die Gültigkeit des Wettbewerbverbotes nicht berührt. Das Wettbewerbverbot an sich — abgesehen von der ehrenwörtlichen Bindung — verstieß aber nicht gegen die guten Sitten. (Wird ausgeführt). Da hiernach der Vertrag abgesehen von jener Bindung, die aber die Beklagte fallen gelassen hat, zu Recht bestand, so handelte der Kläger vertragswidrig, wenn er sich weigerte, seine Tätigkeit auf Grund des Vertrags unter Streichung der Bindung auf Ehrenwort fortzusetzen, und das Geschäft der Beklagten verließ. Diese kann deshalb Schadensersatz fordern. (Urt. des III. ZS. vom 21. April 1914, III 406/13). — a —

3457

IV.

Welche Bedeutung hat es, wenn der Erblasser in seinem Testamente bestimmt, daß jeder Erbe auf den Pflichtteil gesetzt sein soll, der gegen eine Anordnung im Testament gerichtliche Schritte unternehmen wird?

Aus den Gründen: Die Witwe R. hat ihrem Sohne, dem Beklagten, den vollen gesetzlichen Erbteil unter Auferlegung gewisser, im Testament näher bezeichneter Beschränkungen zugewendet. Der Beklagte war daher gemäß § 2306 Satz 1 BGB. berechtigt, den Pflichtteil zu verlangen, wenn er den Erbteil ausschlug. Er hat von dieser Befugnis innerhalb der sechswöchigen Ausschlagungsfrist, die mit der in seiner Gegenwart erfolgten Verkündung des Testaments begann, keinen Gebrauch gemacht und ist deshalb unter den Bestimmungen des Testaments Erbe geworden. In der Folgezeit hat er in mehrfacher Beziehung gerichtliche Schritte gegen Bestimmungen des Testaments unternommen; obwohl das Testament hieran die Beschränkung auf den Pflichtteil knüpft, ist das BG. der Ansicht, daß der Beklagte, nachdem er einmal Erbe geworden sei, diese Eigenschaft nicht wieder habe verlieren können. Diese Ansicht wird von der Revision mit Recht beanstandet. Das BG. legt die Bestimmung im § 7 des Testaments, daß jeder Erbe auf den Pflichtteil gesetzt werden solle, der gegen die dort getroffene Anordnung über den Verkauf des Grundstücks S.straße 41/42 oder gegen irgendeine andere Festsetzung des Testaments gerichtliche Schritte unternehmen würde, dahin aus, daß jeder Erbe dadurch vor die Wahl gestellt worden sei, das ihm hinterlassene Erbe hinzunehmen, so wie es belastet oder beschwert sei, oder aber sich mit dem Pflichtteil zu begnügen. Der Beklagte habe von diesem Wahlrechte dadurch in dem ersten Sinne Gebrauch gemacht, daß er innerhalb der Ausschlagungsfrist die Erbschaft nicht ausgeschlagen habe, so daß sie als angenommen gelte; dadurch sei sein Wahlrecht erschöpft und für eine spätere anderweite Ausübung desselben kein Raum geblieben. Die Revision weist mit Recht daraufhin, daß für die Auslegung des § 7 des Testaments nicht nur die dort getroffenen Bestimmungen, sondern auch der gesamte übrige Inhalt des Testaments in Betracht zu ziehen ist, insbesondere dessen §§ 9, 10 und 12, die ähnliche Anordnungen enthalten. In den §§ 9 und 10, die durch einen Nachzettel später aufgehoben worden sind, war bestimmt, daß Frau P. und der Beklagte für den Fall nicht mehr als den Pflichtteil erhalten sollten, daß sie gegen die ihnen auferlegten besonderen Beschränkungen ankämpfen würden. Der § 12 droht jedem Erben, der mit den Anordnungen über die Verteilung des Mobiliars nicht zufrieden sein und dagegen gerichtlichen Widerspruch erheben sollte, die Beschränkung auf den Pflichtteil an und schließt mit der allgemeinen Klausel: „Sollte überhaupt einer von meinen Erben in irgend einer Sache meines Erblasses gegeneinander klagbar werden oder vielleicht noch etwaige Ansprüche väterlicherseits an einen der Erben geltend machen, so bestimme ich hiermit, daß derjenige Erbe, der dieses tut und gerichtliche Schritte hiergegen unternimmt, auf den gesetzlichen Pflichtteil gesetzt wird." Die vielfache Wiederholung dieser Anordnung beweist, daß die Erblasserin ganz besonderen Wert auf die Erreichung des damit verfolgten Zweckes gelegt hat. Dieser Zweck war ein doppelter: einerseits sollte die Ausführung des letzten Willens der Erblasserin nach allen Richtungen hin nach Möglichkeit gesichert, andererseits jeder gerichtliche Streit zwischen den Erben ausgeschlossen werden. Jedem Erben, der den Willen der Erblasserin nicht ehrt (vgl. § 7 des Testaments), der auch nur einen gerichtlichen Schritt zur Beseitigung einer Bestimmung des Testaments unternimmt oder gegen einen Miterben, sei es auch nur wegen eines vermeintlichen Anspruchs aus der väterlichen Erbschaft, klagbar wird, ist als Strafe die Beschränkung auf den Pflichtteil angedroht, um dadurch die Erben zur Unterlassung derartiger Schritte

zu bestimmen. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn die Strafandrohung mit dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist wirkungslos geworden wäre, wie es das OLG. annimmt. Die Erblasserin hat diese Beschränkung auf den Pflichtteil nicht auf den Fall eines Erfolges des gerichtlichen Vorgehens abgestellt, sondern unzweideutig erklärt, daß die bloße Tatsache eines gerichtlichen Schrittes ohne Rücksicht auf dessen Erfolg den Verlust des den Pflichtteil übersteigenden Betrages des Erbteils nach sich ziehen soll. Solche gerichtliche Schritte blieben aber möglich, auch wenn die berufenen Personen die Erbschaft angenommen und dadurch die Verpflichtung zur Duldung oder Erfüllung der ihnen auferlegten Beschwerungen oder Leistungen überkommen hatten. Es läßt sich auch nicht sagen, daß diese Möglichkeit im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse des Falles besonders entfernt gewesen wäre, so daß sie die Erblasserin nicht in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen haben dürfte. Im Gegenteil wurde durch die Bestimmungen des Testaments und insbesondere durch den im § 7 geschehenen Eingriff in das Verfügungsrecht der Erben in Ansehung ihres eigenen Vermögens und die daselbst dem Kläger gegenüber den anderen beiden Erben eingeräumten weitgehenden Befugnisse die Gefahr künftiger Streitigkeiten zwischen den Erben ziemlich nahe gerückt, und gerade die immer wiederholten Strafandrohungen beweisen, daß die Erblasserin sich dessen bewußt gewesen ist und dieser Gefahr hat vorbeugen wollen. Abgesehen hiervon läßt aber auch die Androhung der Beschränkung auf den Pflichtteil als Strafe eines gerichtlichen Vorgehens wegen vermeintlicher Ansprüche aus der väterlichen Erbschaft (§ 12 des Testaments) klar erkennen, daß die Wirkung dieser Anordnung nicht auf die Zeit bis zum Antritt der mütterlichen Erbschaft hat zeitlich begrenzt werden sollen. Der unzweideutige Sinn der Anordnungen der Erblasserin geht demnach dahin, daß die als Erben eingesetzten Personen die vollen Erbteile nur unter der Bedingung erhalten sollen, daß sie jeden gerichtlichen Schritt gegen das Testament und gegeneinander sowohl bezüglich des mütterlichen, als auch des väterlichen Nachlasses dauernd unterlassen. Die Bedingung, unter der die Zuwendungen gemacht sind, ist gemäß § 2075 BGB. als auflösende Bedingung anzusehen, da das den Erben auferlegte Unterlassen nur in ihrer Willkür liegt und zeitlich nicht begrenzt ist. Da die Bedachten für den Fall des Eintritts der Bedingung auf den Pflichtteil gesetzt sind und darin gemäß § 2304 BGB. keine Erbeinsetzung zu sehen ist, so ist das Testament dahin auszulegen, daß darin nur eine auflösend bedingte Erbeinsetzung der Kinder der Erblasserin angeordnet ist. Die der Erbeinsetzung beigefügte auflösende Bedingung, deren Eintritt von dem freien Belieben jedes Erben abhängt, stellt die Erben vor die Wahl, ob sie unter den angeordneten Belastungen und Beschränkungen Erben bleiben oder sich mit dem Pflichtteil begnugen wollen. Die ihnen zustehende Wahl ist daher nicht, wie das BG. annimmt, mit der Entscheidung die Erbschaft anzunehmen erschöpft, vielmehr sind sie durch die Annahme der Erbschaft nur bedingte Erben geworden und in der Lage geblieben, durch die Herbeiführung des Eintritts der auflösenden Bedingung ihre Eigenschaft als Erben wieder zu beseitigen. Gerade durch die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung unterscheidet sich der vorliegende Fall von den Tatbeständen, die den Urteilen des erk. Senats vom 11. Januar 1904 (JW. 1904 S. 115[15]) und vom 4. November 1911 (Warneyer 1913 Nr. 250) zugrunde gelegen haben und bei denen der Erbeinsetzung keine Bedingung beigefügt war. Die Auslegung, die das BG. den Anordnungen der Erblasserin gegeben hat, kann hiernach nicht als maßgebend anerkannt werden, da sie dem unzweideutig erklärten Willen der Erblasserin widerspricht. (Urt. des IV. ZS. vom 23. April 1914, IV 712/13). E.

3449

V.

Schadensersatzanspruch des durch dienstliche Ueberlastung in seiner Gesundheit geschädigten Beamten. Aus den Gründen: Daß der § 618 BGB. auf das öffentlichrechtliche Beamtenverhältnis entsprechend anzuwenden sei, ist vom RG. oftmals ausgesprochen worden (vgl. RG. 63, 430; 71, 243, auch III 347/11). Der Dienstberechtigte hat nach § 618 Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Es verstößt gegen diese Pflicht, wenn der Dienstberechtigte von dem Verpflichteten ein gesundheitsschädliches Uebermaß der Dienstleistung verlangt. Hier kommt nicht in Betracht, ob bei der entsprechenden Anwendung des § 618 die Gerichte befugt sind, die allgemeinen Dienstpläne und sonstigen allgemeinen Vorschriften der Verwaltungsbehörden daraufhin zu prüfen, ob nach ihnen ein gesundheitsschädliches Uebermaß von Arbeit gefordert wird. Jedenfalls unterliegt die Frage der gerichtlichen Beurteilung, ob eine Gesundheitsbeschädigung schuldhaft durch eine Anordnung verursacht ist, die eine Arbeitsleistung über das für den Verwaltungszweig allgemein bestimmte Maß hinaus forderte. Wenn aber eine solche Anordnung für den Schaden ursächlich ist, dann macht es für die Haftung des Dienstberechtigten keinen Unterschied, daß jenes Uebermaß nicht regelmäßig, sondern nur ausnahmsweise gefordert wurde. Dem Vorwurfe der Revision, das BG. habe unbeachtet gelassen, daß es sich hier um Fahrpersonal und nicht um „stationäres" Personal handle, fehlt es an jedem Anhalt. Der Fahrdienst des Klägers, eines Lokomotivheizers, mit allen Dienstunterbrechungen durch Aufhören des Fahrbetriebes wird doch gerade vom BG. auf das Vorhandensein einer übermäßigen Belastung des Fahrbeamten geprüft. Innerhalb des ganzen, einen längeren Zeitraum umfassenden Dienstplans wird nun neben der Arbeitsleistung an günstigeren Tagen auch die vom OLG. festgestellte, auf 3 Tage zusammengedrängte, außergewöhnlich große Leistung verlangt. Dadurch, daß der Kläger an mehreren Tagen des Dienstplans nicht so angestrengt ist, wird nichts daran geändert, daß er vom 7. bis 9. August eine Arbeit zu leisten genötigt war, die durch ihr Uebermaß seine Gesundheit schädigen mußte und geschädigt hat, nämlich, wie das BG. berechnet, 45 Stunden Dienst mit Einschluß einer sechsstündigen Ruhepause. Diese Dauer des dem Kläger zugemuteten Dienstes hat das BG. auf Grund der ihm zustehenden Beweiswürdigung nach den von den Sachverständigen angenommenen „mittleren Zahlen" festgestellt. Unbegründet ist auch die Revisionsrüge, es sei übergangen, daß die Eisenbahnverwaltung bei Zuteilung des Dienstes damit habe rechnen dürfen, daß die Beamten körperlich und geistig voll tauglich seien und auch einmal außergewöhnliche Arbeiten auf sich nehmen könnten. Das ist keineswegs übersehen. Der Kläger ist bei der Aufnahme in den Eisenbahndienst völlig gesund befunden worden. Dies legt der ärztliche Sachverständige seinem Gutachten zugrunde; denn die Frage des Beweisbeschlusses, ob „diese Umstände" (Dienstdauer in der Zeit vom 7. bis 9. August, mangelhafte Schlafräume, schlechtfahrende Lokomotive) ein jeder für sich oder doch in ihrem Zusammenwirken geeignet waren, die Gesundheit eines jeden, der in solcher Weise beschäftigt wurde, erheblich zu gefährden, beantwortet er dahin, daß „eine derartige Tätigkeit in hohem Maße geeignet sei, die Gesundheit eines jeden so Beschäftigten auf das schwerste dauernd zu gefährden und zu schädigen". Auf Grund dieses Gutachtens bejaht das BG. den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Erkrankung und den Verstößen gegen § 618 BGB. Damit ist zugleich gesagt, daß die hier in Frage kommende „außergewöhnliche Anstrengung" unter Umständen, wie sie hier obwalteten, auch einem körperlich

voll tauglichen Beamten nicht ohne Gefährdung und Schädigung seiner Gesundheit zugemutet werden konnte. Die Revision meint, mit Unrecht sei der beklagte Fiskus für ein Verschulden des Werkmeisters L. verantwortlich gemacht, der ein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Staates nicht sei. Ein Vertragsverhältnis liege nicht vor, folglich sei der § 278 BGB. nicht anwendbar. Es ist richtig, daß ein bürgerlichrechtliches Vertragsverhältnis nicht gegeben ist, aber das Verhältnis zwischen Staat und Beamten ist ein dem öffentlichen Rechte angehöriges vertragsähnliches. Aus ihm erwachsen für den Staat gegenüber dem Beamten „Verbindlichkeiten", insbesondere gerade die kraft entsprechender Anwendbarkeit für ihn aus § 618 BGB. begründeten. Für das Verschulden der Personen, deren sich der Staat zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten bedient, haftet er auf Grund entsprechender Anwendung nach § 278 BGB. Der Senat hat das wiederholt ausgesprochen (so in den Urt. III 105/11, 312/11, 260/13). Das BG. hat deshalb mit Recht in Ansehung der vom Werkmeister L. getroffenen Dienstanordnung und hinsichtlich der Einstellung der ungenügend ausgebesserten Lokomotive den Staat für Verschulden von Erfüllungsgehilfen haften lassen. Es hat ferner mit Recht eine Entscheidung darüber für entbehrlich erklärt, ob für die mangelhafte Einrichtung der Uebernachtungsräume in St. einen Erfüllungsgehilfen oder einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter das ursächliche Verschulden trifft. Ein mitwirkendes Verschulden des Klägers liegt nicht vor. Er war nicht verpflichtet, die Verwaltung auf die Gefährlichkeit derartiger Dienstbemessung, solcher Unterkunftsräume und des Dienstes auf einer so mangelhaften Lokomotive aufmerksam zu machen. Die gehörige Prüfung und Ueberwachung lag nach § 618 BGB. der mindestens ebenso sachkundigen Verwaltung selber ob. Daß der Kläger von den bei Gelegenheit der Ueberbürdung im Juli empfundenen Herzstichen keine Anzeige erstattet hat, ist kein Verschulden. Er brauchte diese Erscheinung nicht für bedenklich zu halten und nicht ohne weiteres als Folge der dienstlichen Ueberlastung zu erkennen. (Urt. d. III. ZS. v. 16. Juni 1914, III 193/14). —a—

3443

Oberstes Landesgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu Art. 28 Abs. 1, 79 Abs. 3 UeG. BGB., § 2361 BGB., § 20 FGG.: Einziehung eines Erbscheins, der ein verwirktes Nutznießungsrecht des überlebenden Ehegatten an den Erbteilen der Kinder anführt. Ist der Konkursverwalter eines der Kinder und Erben berechtigt, die Verwirkung des Nutznießungsrechtes geltend zu machen, die Einziehung des Erbscheins zu beantragen und gegen die Abweisung des Antrags sich zu beschweren? Wie wird die Verwirkung des Nutznießungsrechts geltend gemacht? Aus den Gründen: Wenn in einer Ehe beim Inkrafttreten des BGB. der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Württemberg. Landrechte galt, steht nach Art. 79 Abs. 3 UeG. BGB. dem überlebenden Ehegatten an den Erbteilen der gemeinschaftlichen Kinder die Nutznießung nach den bisherigen Vorschriften zu. Das Nutznießungsrecht ist nach Art. 28 Abs. 1 UeG. in dem Erbscheine, der einem Erben erteilt wird, anzugeben. Ist die Ansicht des Konkursverwalters zutreffend, daß dieses Nutznießungsrecht der Mutter hier erloschen sei, so ist der erteilte Erbschein insoweit unrichtig, als er bezeugt, daß die Erbteile der Kinder der statutarischen Nutznießung der Witwe unterliegen. Ein unrichtiger Erbschein muß nach dem § 2361 Abs. 1 BGB. auch dann eingezogen werden, wenn er nur bezüglich einer nach gesetzlicher Vorschrift in ihn aufzunehmenden Beschränkung des Erbrechts des Erben unrichtig ist. Dies hat der erkennende Senat für den einem Vorerben erteilten Erbschein hinsichtlich des nach § 2363 BGB. aufzunehmenden Rechtes der Nacherbfolge ausgesprochen (vgl. RJA. 3, 8). Gleiches muß für den nach Art. 28 UeG. aufzunehmenden Vermerk der statutarischen Nutznießung gelten. Die Einziehung des Erbscheins hat von Amts wegen zu erfolgen. Es kann daher jeder die Einziehung anregen. Hieraus folgt, daß der Verwalter im Konkurse der Erbin B. berechtigt war, die Einziehung des Erbscheins zu beantragen. Es kommt hiefür nicht, wie das LG. meint, darauf an, ob er berechtigt wäre die Erteilung eines Erbscheins für die Gemeinschuldnerin zu beantragen. Aus dem Rechte des Konkursverwalters die Einziehung des Erbscheins zu beantragen ergibt sich aber noch nicht seine Befugnis gegen den die Einziehung ablehnenden Beschluß des Nachlaßgerichts sich zu beschweren. Seine Beschwerdeberechtigung kann nur auf den § 20 FGG. gestützt werden. Nach diesem ist sie zu bejahen. Allerdings kann nicht der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern nur der Prozeßrichter über die Frage entscheiden, ob der überlebende Elternteil die Nutznießung an den Erbteilen der Kinder, den statutarischen Nießbrauch des Württemb. Landrechts, nach Teil IV Tit. 11 dieses Rechts verwirkt hat. Der Konkursverwalter muß also das Prozeßgericht anrufen, wenn er den Erbteil der B. wegen der Verwirkung des Nießbrauchs seitens der Mutter jetzt schon zur Konkursmasse ziehen und zu diesem Zweck die Auseinandersetzung des Nachlasses betreiben will. Allein dies schließt nicht aus, daß er im Wege der Beschwerde die Einziehung des Erbscheins betreibt, falls dieser tatsächlich unrichtig ist. Denn er muß auf Grund desselben nach § 2365 BGB. die Vermutung gegen sich gelten lassen, daß der Witwe das Erbrecht so zusteht, wie es in dem Erbschein beurkundet ist, und daß der Erbteil der B. mit dem Nießbrauchsrecht ihrer Mutter belastet ist. Durch die Weigerung des Nachlaßgerichts, den Erbschein einzuziehen, ist also ein ihm zustehendes Recht verletzt. Die weitere Beschwerde ist demnach formell nicht zu beanstanden. Von der Frage, ob dem Konkursverwalter formell das Beschwerderecht zusteht, ist zu unterscheiden die Frage, ob er berechtigt ist, die Verwirkung des statutarischen Nießbrauchs geltend zu machen. Die Entscheidung dieser Frage hängt von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob dem Urteilsspruch, durch den der Nießbrauch als verwirkt erklärt wird, konstitutive oder deklaratorische Bedeutung zukommt. Hat er konstitutive Bedeutung, wird also erst durch ihn der Verlust des Nießbrauchs bewirkt, so ist der Konkursverwalter nicht berechtigt, den Anspruch des Gemeinschuldners auf Geltendmachung der Verwirkung zu verfolgen. Tritt erst mit dem Richterspruch der Rechtsverlust ein, dann ist es in den freien Willen des Erben gestellt, ob er ihn herbeiführen will oder nicht. Es ist Sache des persönlichen Vertrauens, ob der Erbe trotz des Vorliegens der Gründe des Teils IV T. 11 § 7 des Württemb. Landrechts dem überlebenden Elternteil den Nießbrauch seines Erbteils auch fernerhin überlassen will oder nicht. Es handelt sich also in diesem Fall um ein persönliches Recht des Erben, das nur er selbst, nicht aber der Verwalter im Konkurs über sein Vermögen geltend machen kann. Anders liegt die Sache, wenn dem Urteil deklaratorische Bedeutung zukommt, wenn also die Verwirkung des Nießbrauchs bei Vorliegen der Gründe des Teils IV T. XI § 2 des Württemb. Landrechts von Rechts wegen eintritt und der Urteilsspruch nur den Zweck hat, festzustellen, daß der Rechtsverlust eingetreten ist. Denn in diesem Fall hängt der Rechtsverlust nicht von dem Willen des Erben ab, er tritt vielmehr mit dem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen von selbst ein; daraus folgt aber, daß gleichzeitig für den Erben der An-

spruch auf Herausgabe seines Erbteils erwächst, und daß dieser dem Zugriffe seiner Gläubiger unterliegt. Der erkennende Senat ist nun der Anschauung, daß in den Fällen des Teils IV T. 11 § 2 des Württemb. Landrechts dem die Verwirkung des Nießbrauchs aussprechenden Urteil deklaratorische Bedeutung zukommt, daß also in diesen Fällen die Verwirkung von Rechts wegen eintritt. (Es folgt die Begründung dieser Anschauung). (Beschluß des I. ZS. vom 10. Juli 1914, Reg. III 101/1913). M.

3453

II.

Zur Auslegung des § 18 Abs. 2 HGB.: Mißbräuchliche Verwendung der Bezeichnung „Fleischzentrale". Der Beschwerdeführer betreibt in M., einer Großstadt, ein Handelsgeschäft, das die Einfuhr von Fleisch im Großen und den Kleinverkauf zum Gegenstand hat. Das unter der Firma „M. L." in das Handelsregister eingetragene Geschäft besteht aus einem Hauptgeschäft und vier am Ort befindlichen Filialen. Auf den Firmenschildern, in Inseraten und sonstigen Drucksachen bezeichnet L. sein Geschäft als „M....er Fleischzentrale". Durch Verfügung des Registergerichts wurde ihm der Gebrauch dieser Firmenbezeichnung auf Grund des § 18 Abs. 2 HGB. untersagt, weil sie zur Täuschung über die Art und den Umfang seines Geschäftes geeignet sei. Sein Einspruch und seine Beschwerde wurden zurückgewiesen, ebenso die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen: Eine Zentralisation des Handels mit einer Ware liegt nur dann vor, wenn der Handel mit ihr von einer Stelle aus geleitet wird; als „Zentrale" kann also nur ein Geschäft bezeichnet werden, das einen Verkehrsmittelpunkt für die Ware bildet, sei es nun, daß die Zentralisation durch Ringbildung der betreffenden Gewerbetreibenden zur Regelung des Einkaufs und Verkaufs, durch Erwerb der sämtlichen die Ware führenden Geschäfte oder wie immer erfolgt. Der Beschwerdeführer behauptet selbst nicht, daß sein Handelsbetrieb eine Zentrale des M....er Fleischhandels in diesem Sinne ist. Sein Geschäft unterscheidet sich von denen der übrigen M....er Gewerbetreibenden gleicher Art durch nichts, als durch seinen größeren Umfang, nicht einmal die Teilung des Betriebs in ein Hauptgeschäft und verschiedene Nebengeschäfte ist ihm eigentümlich. Es kann also keine Rede davon sein, daß in dem Geschäfte des Beschwerdeführers der Fleischhandel in M. zentralisiert wäre, daß sein Geschäft eine „Zentrale" dieses Handels in dem Sinn ist, wie es z. B. bei der Spirituszentrale, bei gewissen Betrieben des Handels mit Petroleum und ähnlichen Unternehmungen der Fall ist. Der Beschwerdeführer versucht daher seinen Anspruch auf die Bezeichnung „M....er Fleischzentrale" darauf zu stützen, daß er ein Hauptgeschäft und verschiedene Nebengeschäfte betreibe, die von jenem als der „Zentrale" aus geleitet würden. Es liegt jedoch auf der Hand, daß dieser Umstand den Beschwerdeführer nicht berechtigen kann, sein Geschäft „M....er Fleischzentrale" zu nennen. Wenn er ausdrücken will, daß er sein Gewerbe in einem Hauptgeschäft und verschiedenen Nebengeschäften betreibt, so mag er dies in einer Weise tun, die sein Hauptgeschäft als „Zentrale" gegenüber seinen Nebengeschäften kennzeichnet. Darum handelt es sich aber bei dem von ihm gewählten Firmenbeisatz nicht; denn durch ihn wird sein Geschäft als „Zentrale" des Fleischhandels in M. überhaupt, als „Zentrale" im Gegensatz zu den übrigen gleichartigen M....er Geschäften bezeichnet. Davon, daß nach den Anschauungen der beteiligten Kreise die Bezeichnung als „Zentrale" jedem Geschäfte zukommt, das in der Art des L.schen „zentralisiert" ist, ist dem Gericht der weiteren Beschwerde nichts bekannt; jedenfalls könnte eine solche dem Gesetze zuwiderlaufende Anschauung dessen Anwendung nicht hindern. (Beschl. des I. ZS. vom 3. Juli 1914, Reg. III Nr. 58/1914). M.

3439

III.

Zu § 1666 BGB: Entziehung des Rechtes den Aufenthalt zu bestimmen statt der beantragten Entziehung der Sorge für die Person. Aus den Gründen: Der Großvater des Kindes hat beantragt, dem Vater A. Sch. die Sorge für die Person seines Kindes zu entziehen, und das LG. hat, ebenso wie das Vormundschaftsgericht, den Sachverhalt nur nach der Richtung geprüft, ob hinreichende Gründe für die Entziehung dieses Rechts vorliegen. Dabei hat das LG. nicht berücksichtigt, daß der § 1666 BGB. dem Vormundschaftsgericht nicht nur die Befugnis verleiht, dem Vater das volle Recht der Sorge für die Person des Kindes zu entziehen, daß vielmehr darin auch die Befugnis inbegriffen ist, dem Vater einzelne auf dem Recht der Fürsorge für die Person beruhende Rechte z. B. das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, ganz oder zeitweise zu entziehen. Es ist nun nicht ausgeschlossen, daß das LG. zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre, wenn es sich gefragt hätte, ob eine solche teilweise Entziehung des Fürsorgerechts veranlaßt ist. Die nunmehrige Ehefrau des A. Sch. hat vor ihrer Verehelichung einen nicht einwandfreien Lebenswandel geführt; sie hat im Anfang ihrer Ehe ein ehebrecherisches Verhältnis unterhalten, hat auch später noch Herrenbesuche empfangen und schlägt im Verkehr mit Männern einen Ton an, der einen Zeugen zu der Aeußerung veranlaßt hat: „Ich hielt sie nach ihren Reden für eine sogenannte Schnepfe". Es ist ferner festgestellt, daß sie auch jetzt noch ihrem Beruf als Kellnerin und ihrem Vergnügen nachgeht. Nach alledem hat die Stiefmutter des Kindes früher und auch noch während ihrer Ehe einen ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel geführt, und bietet auch durch ihr jetziges Verhalten noch keinerlei Bürgschaft dafür, daß sie sich von Grund aus und nachhaltig gebessert hat. Ihr kommt ja nun allerdings weder das Recht noch die Pflicht der Sorge für die Person der Stieftochter zu; immerhin aber hat tatsächlich sie das Kind zu verpflegen und zu erziehen, da der Vater durch seinen Dienst verhindert ist, sich ständig um das Kind zu kümmern. Es liegt auf der Hand, daß eine Frau mit den geschilderten Charaktereigenschaften weder den festen Willen noch die Fähigkeit hat, für das leibliche und geistige Wohl eines Kindes, insbesondere eines Stiefkindes so zu sorgen, wie es erforderlich ist. Dadurch aber muß eine unmittelbare Gefährdung des Wohles dieses Kindes jedenfalls so lange herbeigeführt werden, als es wegen seines jugendlichen Alters und seiner Neigung zu Erkrankungen einer sorgsamen weiblichen Leitung und Pflege bedarf. Daß das Kind einer solchen Gefährdung tatsächlich bereits ausgesetzt war und noch ist, muß mit Sicherheit aus der Tatsache geschlossen werden, daß es am 7. Juni 1912 mit Geschwüren und Ungeziefer behaftet zu seinen Großeltern gekommen ist; jeder Zweifel aber müßte in dieser Beziehung schwinden, wenn sich die Behauptung des Beschwerdeführers bewahrheiten würde, daß sich die Frau des Sch. schon viermal von ihrem Manne getrennt hat. Das LG. hätte sich sohin fragen müssen, ob nicht die festgestellten Tatsachen Maßregeln notwendig machen, die dem Vater, wenn auch nicht das ganze Fürsorgerecht, so doch einen Teil entziehen und ermöglichen, das Kind solange als nötig in der sorgsamen Pflege seiner Großeltern zu belassen. Das Verschulden des fürsorgeberechtigten Vaters wird unschwer festzustellen sein; denn es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß ein Vater schuldhaft handelt, der die Erziehung seines Kindes einer Person mit den Eigenschaften der zweiten Frau des A. Sch. überläßt. (Beschluß des I. ZS. vom 18. September 1914, Reg. III Nr. 81/1914). M.

3454

B. Strafsachen.

I.

Prozessuale Stellung eines geisteskranken, aber nicht entmündigten für sich und als gesetzlicher Vertreter seiner Tochter auftretenden Privatklägers. Rechtsanwalt H. stellte auf Grund der ihm von dem Kleiderreiniger M. P. erteilten Vollmacht für diesen und dessen am 14. November 1896 geborene, von ihm als Vater gesetzlich vertretene Tochter E. P. gegen B. Strafantrag wegen Beleidigung und erhob Privatklage. B. wurde wegen einer durch dieselbe Aeußerung dem M. und der E. P. zugefügten Beleidigung verurteilt und legte Berufung ein. Das LG. erachtete auf Grund seiner Ermittelungen den M. P. wegen dauernder krankhafter Störung seiner Geistestätigkeit für mindestens seit dem 12. September 1912 geschäftsunfähig und infolgedessen die Vollmachtserteilung, den Strafantrag und die Privatklage für nichtig. Es nahm an, daß die elterliche Gewalt des M. P. über seine Tochter seit dem 12. September 1912 ruhe und auf die Mutter O. P. übergegangen, sonach diese die gesetzliche Vertreterin der Tochter sei (§§ 1676 und 1685 BGB). Das LG. setzte durch Beschluß vom 23. März 1914 der Mutter eine Frist von drei Wochen einerseits zur Erklärung, ob sie als gesetzliche Vertreterin ihrer Tochter gegen B. Strafantrag stelle und die bisherige Prozeßführung des Rechtsanwalts H. genehmige, anderseits zur Erbringung des Nachweises dafür, daß sie als die nach dem § 646 ZPO. Nächstbeteiligte die Entmündigung ihres erkrankten Mannes beantragt habe. Durch den Beschluß wurde der Mutter gleichzeitig mitgeteilt, daß „nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Privatklageverfahren unter Kostenüberbürdung auf die Kläger eingestellt werde". Das LG. sprach nach fruchtlosem Ablaufe der Frist ohne mündliche Verhandlung mit Beschluß vom 28. April 1914 die angedrohten Folgen aus. Der „in entsprechender Anwendung der §§ 259 Abs. 2, 414 StPO. erlassene", dem M. P. und seiner Frau „als derzeitigen gesetzlichen Vertreterin ihrer Tochter" zugestellte Beschluß lautet: „Das Urteil des Schöffengerichts ... wird aufgehoben. Das Verfahren wird eingestellt; die Privatkläger haben die Kosten zu tragen und die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten." Am 6. Mai 1914 gelangte an das LG. ein von M. P., seiner Frau O. P. und der Tochter E. P. unterschriebenes Schriftstück mit der Ueberschrift: „Strafantrag gegen den Buchhalter B. wegen Beleidigung" und mit der Erklärung, daß „ein derartiger Beschluß ohne Berufungsverhandlung nicht erlassen werden könne, und daß die bisherige Klage und der Strafantrag aufrecht erhalten werde." Das LG. erblickte in der Eingabe die Beschwerde der Frau P. gegen den Beschluß vom 28. April 1914, half ihr aber nicht ab. Das Beschwerdegericht hob den Beschluß auf und ordnete an, daß über die Berufung durch Urteil zu entscheiden sei.

Aus den Gründen: Die Eingabe vom 6. Mai 1914 ist als die nach § 346 StPO. zulässige, form- und fristlose Beschwerde sowohl des M. P. als auch seiner Frau zu erachten, da sie von beiden unterzeichnet und beiden der Beschluß vom 28. April 1914 zugestellt worden ist. Die Unterschrift der Tochter hat keine Bedeutung. M. P. ist wegen Geisteskrankheit nicht entmündigt; er hat deshalb auch keinen gesetzlichen Vertreter; seine Geschäfts- und Prozeßunfähigkeit soll erst in diesem Strafverfahren festgestellt werden; er ist demnach als Privatkläger Prozeßbeteiligter und kann infolgedessen alle seine Rechte betreffenden Prozeßhandlungen, insbesondere auch die vornehmen, welche die Anrufung des höheren Richters zur Prüfung der Richtigkeit der Entscheidung des Unterrichters bezwecken. Ist sonach die Berechtigung des M. P. zur Einlegung der Beschwerde nicht zu beanstanden, so kommt die Frau P. als Beschwerdeführerin nicht weiter in Betracht. Der § 363 StPO. lautet: „Erachtet das Berufungsgericht die Bestimmungen über die Einlegung der Berufung nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluß als unzulässig verwerfen. Andernfalls entscheidet es über dasselbe durch Urteil." Da der Angeklagte die Berufung eingelegt hat und die Voraussetzungen zur Anwendung des § 363 Satz 1 nicht gegeben sind, ist der Beschluß vom 28. April 1914 zu unrecht ergangen; er mußte deshalb aufgehoben und das LG. angewiesen werden, über die Berufung nach gepflogener Hauptverhandlung durch Urteil zu entscheiden. Die Hauptverhandlung wird Anlaß geben aufs neue zu prüfen, ob die geistige Erkrankung des M. P. — Querulantenwahn —, die sich regelmäßig nur nach einer bestimmten Richtung bemerkbar macht, geeignet ist, jede auch noch so einfach gelagerte Rechtshandlung wie z. B. eine Vollmachtserteilung 2c. als von der geistigen Störung beeinflußt zu erachten. (Vgl. im übrigen Löwe, Vorbem. 20a zum 1. Abschn. des 2. Buches der StPO., Bem. 5 zu § 414; Bem. 9b zu § 37 StPO., RGSt. Bd. 1 S. 149, Bd. 29 S. 324; RG. Rechtspr. Bd. 7 S. 465; Bay. ObLG. StS. Bd. 9 S. 183; Binding, Strafrecht Bd. I S. 628; Köhler, die Lehre vom Strafantrag S. 55; Oppenhoff Bem. 12, Olshausen Bem. 12, je zu § 65 StGB.). (Beschl. vom 16. Mai 1914, Beschw.-Reg.-Nr. 399/1914). Ed.

3452

II.

Kann die Gültigkeit einer auf Grund des Art. 75 PStGB. erlassenen gesundheitspolizeilichen Vorschrift durch einen Wechsel in den hygienischen Anschauungen berührt werden? Was ist unter „reinem Mehl" zu verstehen? Ein Bäckermeister verwendete in seinem Betriebe zwei Sorten Streumehl, die eine aus Nadelholzmehl, die andere aus Fruchthülsenmehl bestehend, und veranlaßte selbst eine polizeiliche Anzeige hiewegen, um im Interesse der Lieferantin eine gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Verwendung jener Erzeugnisse herbeizuführen. Er wurde wegen einer Uebertretung nach Art. 75 PStGB. mit § 69 Abs. 2 ortspol. Vorschr. des Stadtmagistrats München vom $\frac{\text{5. Oktober 1906}}{\text{15. Februar 1912}}$ über den Verkehr mit Nahrungs- und Genußmitteln zu einer Geldstrafe verurteilt. Der bezeichnete § 69, der sich im Abschnitt „über den Verkehr mit Brot, Mehl und Hülsenfrüchten" findet, bestimmt in Abs. 2, daß „als Streumehl nur gutes, reines Mehl verwendet werden darf". Die Revision wurde verworfen. Aus den Gründen: Die Revision erklärt die ortspolizeiliche Vorschrift für nicht mehr gültig; um gültig zu bleiben, müsse sie fortdauernd der Verhütung gesundheitlicher Gefahren dienen; wenn aber die Unschädlichkeit neu eingeführter Streumittel erwiesen und vom Richter selbst anerkannt sei, so sei die Vorschrift keine gesundheitspolizeiliche mehr und trete somit aus dem Rahmen des Art. 75 PStGB. heraus. Was nach richterlicher Feststellung dem gesetzgeberischen Zwecke mehr entspreche als das im Gesetze selbst Zugelassene, könne nicht verboten sein. Dieser Angriff geht fehl. Der Art. 75 PStGB. bildet die gesetzliche Grundlage für die dort näher bezeichneten „zur Verhütung von Gefahren für die Gesundheit" ergangenen Vorschriften. Nach seinem Wortlaut und Sinn kommt es nicht darauf an, ob eine Vorschrift wirklich die Gesundheit schützt, sondern nur darauf, ob sie das bezweckt. Der Forderung der Zweckmäßigkeit dient die Uebung, wonach derartige Vorschriften von kürzerer Geltungsdauer sind, rascher und leichter abgeändert werden als grundlegende Gesetze; sind sie nach neueren Ergebnissen der Wissenschaft und der Technik nicht mehr zweckentsprechend, so sind sie leicht zu ändern. Solange dies aber nicht geschehen ist, muß die Vorschrift in dem Sinne fortgelten, in dem sie erlassen ist; sie verliert also beispielsweise die

Eigenschaft einer gesundheitspolizeilichen Vorschrift nicht schon dadurch, daß die neuere Gesundheitslehre eine andere Regelung fordert. Auch an dem Inhalt der Vorschrift des § 69 läßt sich nicht deuteln. Die Vorinstanzen haben zutreffend ausgeführt, daß das Wort Mehl in einer vom Verkehr mit Brot, Mehl und Hülsenfrüchten handelnden Vorschrift nur das aus Getreide gewonnene Mehl bezeichnen kann, und daß das Wort in demselben Sinne auch im Abs. 2 des § 69 aufgefaßt werden muß, wo der Ausdruck „gutes, reines Mehl" auf eben jenes auch im Abs. 1 gemeinte Getreidemehl (Backmehl) zurückweist; ferner, daß der Sprachgebrauch überall da, wo von „Mehl" ohne Beisatz die Rede ist, hiemit das Getreidemehl bezeichnet, während Mehle aus anderen Stoffen durch den Beisatz des Erzeugungsstoffes oder der Erzeugungsweise gekennzeichnet werden (Holzmehl, Gipsmehl, Sägemehl). Dahingestellt mag bleiben, ob § 69 Abs. 2 gerade nur Mehl aus einheimischen Getreidearten zulassen will; die Verwendung von Holz- oder von Fruchthülsenmehl ist jedenfalls nicht gestattet. Der § 69 Abs. 2 hält und erklärt nun einmal das Getreidemehl für das einzige gesundheitlich einwandfreie und deshalb zulässige Streumittel; damit bleibt er in den Grenzen einer gesundheitspolizeilichen Vorschrift. Ein Wechsel in den hygienischen Anschauungen kann die weitere Geltung derartiger Normen nicht berühren. (Urteil vom 27. Juni 1914, RevReg. Nr. 337/14).

3451 Ed.

Oberlandesgericht Nürnberg.

Rechtskraftwirkung des Urteils; Umfang des durch die Klage erhobenen Anspruchs. Folgen der Verweigerung der Eidesleistung in einem anderen Rechtsstreit, freie richterliche Ueberzeugung, Protokolle eines anderen Rechtsstreits als Urkunden. Nutzungen einer rechtlos erhaltenen Summe als Bereicherung, selbständige Klage hierauf nach rechtskräftiger Entscheidung über die Hauptsache, Verzicht auf Nutzungen, Verjährung des Anspruchs hierauf — §§ 322 I, 325 I, 463 ff., 415 ff., 286 ZPO.; 818, 197 BGB. In früheren Jahren betrieben 5 Personen gemeinschaftlich mit gleichen Anteilen einen Schweinehandel. Auf die Klage des Gesellschafters A. wurde der Gesellschafter E. am 25. Sept. 1911 zur Zahlung von 1452 *M* samt Prozeßzinsen hieraus verurteilt; dem E. war ein Eid darüber auferlegt worden, daß er sich s. Zt. mehrere Fehlbeträge aus der Gesellschaftskasse nicht angeeignet habe; er hatte die Eidesleistung verweigert und erschien hiernach um ¹/₅ dieser Beträge auf Kosten des Klägers ungerechtfertigt bereichert. Darauf kam es noch zu zwei weiteren Prozessen.

I. Der Gesellschafter B. erzielte ebenfalls mit einer Bereicherungsklage die Verurteilung des E. zur Zahlung des ihm entzogenen ¹/₅-Anteils. Aus den Gründen: Nach § 322 ZPO. kann das rechtskräftige Urteil des Vorprozesses nicht als solches der Entscheidung des jetzigen Rechtsstreits zugrunde gelegt werden. Denn wenn es sich auch um den nämlichen Tatbestand und die nämlichen Rechtsverhältnisse handelt, so sind doch die Personen der Kläger und die Klageansprüche in beiden Prozessen verschieden. Die sachliche Rechtskraft des früheren Urteils erstreckt sich insbesondere nicht auf die den Klaganspruch in beiden Prozessen bedingenden Rechtsverhältnisse. Hierüber ist vielmehr in jedem Prozesse mit neuen selbständigen Ansprüchen neuerlich selbständig zu entscheiden. Ebensowenig kann die im Vorprozesse vom Beklagten erklärte Verweigerung der Eidesleistung die im § 464 II ZPO. aufgestellte Folge für den jetzigen Rechtsstreit äußern; denn diese Wirkung als solche ist auf den Prozeß beschränkt, in welchem das für den Beweis durch Eid vorgeschriebene gesetzliche Verfahren beobachtet worden ist (Gaupp-Stein, ZPO. [11] I, 809 A. V zu § 322; S. 1016, 1018, A. I zu § 463, A. III zu § 464). Nachdem jedoch die Parteien im gegenwärtigen Rechtsstreit die Protokolle über die im Vorprozeß gepflogene Beweiserhebung nebst dem dortigen Urteil als Urkundenbeweis zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht haben, ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, diese Beweismittel über die Zeugenaussagen und über die auf die Parteieidesleistung sich beziehenden Erklärungen des Beklagten im Vorprozeß jetzt neuerlich und selbständig im Rahmen des § 286 ZPO. frei zu würdigen (Gaupp-Stein a. a. O., sowie S. 709 A. III, 4a und b; RG. 46, 410 ff. u. a.). . . . (Hier folgt eine Beweiswürdigung). Im Vorprozeß war dem Beklagten der zugeschobene Eid über die Wegnahme von Gesellschaftsgeldern auferlegt worden; im Schwurtermin erklärte er, daß er den Eid nicht leiste. Darauf erfolgte seine Verurteilung zur Rückzahlung der Bereicherung. Im gegenwärtigen Rechtsstreite schob ihm der Kläger vorsorglich den gleichen Eid zu. Im ersten Rechtszuge verweigerte der Beklagte trotz der Aufforderung durch das Gericht jede Erklärung auf die Eideszuschiebung, weshalb das Gericht den Eid als verweigert ansah und den Beklagten verurteilte (§§ 455, 452 II ZPO.) Im zweiten Rechtszuge schob der Beklagte den ihm neuerlich zugeschobenen Eid zunächst an den Kläger zurück und erörterte im Anschluß daran nur seine Ansicht über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung und über die Zweckmäßigkeit des Ueberzeugungseides. Ob hierin angesichts der Unzulässigkeit der Eideszurückschiebung (§§ 448 II, 452 II ZPO.) eine bedingte Eidesannahme zu erblicken wäre, kann unentschieden bleiben. Denn das Gericht hat aus dem Beweis- und Verhandlungsergebnis, insbesondere aus dem gesamten Verhalten des Beklagten im früheren und jetzigen Rechtsstreit die Ueberzeugung gewonnen (§ 286 ZPO.), daß er den Eid nicht zu leisten vermag, da das Gegenteil der zu beschwörenden Tatsachen, nämlich die Behauptung des Klägers wahr ist. Damit, daß der Beklagte schließlich selbst dem Kläger den Eid über die Entnahme von Gesellschaftsgeldern zugeschoben hat, kann er sich vor den Folgen seines Verhaltens auf die Eideszuschiebung an ihn nicht schützen. Ein solches Verfahren widerspricht den Regeln der Beweislast und den Gesetzesvorschriften über den Eidesbeweis; entspricht der Kläger seiner Beweispflicht für seine bestrittenen Behauptungen durch die Eideszuschiebung an den Beklagten, so steht diesem wohl die Geltendmachung anderer Beweismittel frei (§ 453 ZPO.), aber er kann nicht die Klagebehauptung umkehren und durch Eideszuschiebung über eine solche Gegenbehauptung die Beweislast verschieben, um den ihm drohenden Folgen der Unzulässigkeit einer Eideszurückschiebung auszuweichen (§§ 448 II, 452 II ZPO.). (Urt. des II. ZS. vom 30. März 1914, L. 229/12).

II. Der Gesellschafter A., der Kläger im ersten Prozesse, erwirkte mit einer neuen Klage die Verurteilung des E. zur Zahlung von weiteren 955 *M* Nutzungen aus der Bereicherungssumme in Höhe von 4 % Zinsen vom Beginn der Bereicherung bis zur Rechtshängigkeit des ersten Prozesses, worin ihm Prozeßzinsen aus der Bereicherung zugesprochen waren. Aus den Gründen: Das Urteil im Vorprozeß der nämlichen Parteien äußerte infolge seiner formellen Rechtskraft auch im gegenwärtigen Rechtsstreit eine sachliche Rechtskraftwirkung im Rahmen des § 322 ZPO.; darnach ist das Gericht an die frühere Entscheidung gebunden, soweit sie den unmittelbaren Gegenstand des früheren Klaganspruchs betrifft. Das Gericht darf weder den gleichen Tatbestand anderweitig rechtlich würdigen, um eine andere Rechtslage als im Vorprozeß anzunehmen, noch darf es zu demselben Zwecke den Tatbestand anders als im Vorprozeß feststellen, gleichviel wie das frühere Urteil zustande gekommen ist (Gaupp-Stein I. 800 ff. A. II, 3, V 2, VIII 1 ff. zu § 322). Die Parteien

sind daher auch nicht in der Lage, ihre frühere Prozeßführung jetzt zu verbessern und behufs einer anderen Würdigung des Tatbestands ergänzende Tatsachen oder Beweismittel geltend zu machen. Es ist hier insbesondere bedeutungslos, daß der Beklagte im Vorprozeß zur Zahlung der Bereicherungssumme samt Prozeßzinsen an die Klägerin wegen der Nichtleistung des ihm auferlegten Eides verurteilt worden ist. Gleichgültig ist es auch, weshalb er damals den Eid nicht geleistet hat, ob deshalb, weil er ihn nicht hat leisten können oder weil er ihn nicht hat leisten wollen, sowie welche Gründe ihn hierzu bestimmt haben. Es kann also nicht zur nochmaligen Aufrollung der Beweisfrage kommen, sondern es steht nach § 322 ZPO. auch für den jetzigen Rechtsstreit fest, daß der Beklagte seit der Entnahme der Gesellschaftsgelder um ⅕ hiervon auf Kosten des Klägers ohne rechtlichen Grund bereichert ist. Der Betrag von 955 *M*, den der Kläger mit seiner neuen Klage begehrt, bildet weder einen Teil des im Vorprozesse streitig gewesenen und dort rechtskräftig dem Kläger zuerkannten Bereicherungsanspruchs noch eine mit jenem Anspruch auf gleicher Stufe stehende Nachforderung, über die jetzt unter neuer Würdigung des gleichen Rechtsverhältnisses selbständig zu entscheiden wäre. Es handelt sich vielmehr bei dieser Nachforderung um einen aus dem nämlichen Rechtsverhältnis erwachsenen Nebenanspruch auf die Nutzungen aus dem Hauptbereicherungsanspruch, über dessen Bestand schon endgültig rechtskräftig entschieden ist. Dieser Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen wurde dem Kläger mit dem früheren Urteile nicht abgesprochen, da er nicht Gegenstand des Vorprozesses war. Es lag auch in der prozessualen Beschränkung des Bereicherungsanspruchs auf die Hauptsache nebst Prozeßzinsen nicht ein Verzicht des Klägers auf seinen weiteren die Nutzungen umfassenden Bereicherungsanspruch (RG. 1, 349; 73, 219); der Angeklagte selbst hat dies nicht geltend gemacht, auch aus der von Amts wegen zu berücksichtigenden Rechtskraft des früheren Urteils ist diese beschränkende und ausschließende Wirkung nicht abzuleiten (Gaupp-Stein I, 811 A. V 2c zu § 322). — Nach § 818 BGB. ist der auf Kosten eines anderen rechtlos Bereicherte, besonders auch im Falle seiner Schlechtgläubigkeit zur Herausgabe der Bereicherung samt den daraus gezogenen oder zu ziehenden Nutzungen verpflichtet. Es ist ohne weiteres davon auszugehen, daß der Beklagte als erfahrener Geschäftsmann die Bereicherungssumme nutzbringend für sich verwendet hat (RG. 53, 371). Infolge der Bereicherung um die Hauptsache sind ihm auch die Nutzungen hieraus zugeflossen, er wurde wenigstens um die den gesetzlichen Zinsen zu 4% entsprechenden Nutzungen auf Kosten des Klägers grundlos bereichert. Den Wegfall der Bereicherung durch Minderung seines Vermögens auf weniger als die Bereicherungssumme hat er selbst nicht behauptet (RG. 68, 270). Verjährung ist nicht eingetreten. Wenn auch der Kläger seinen Anspruch zu 955 *M* mittels Berechnung von 4% Zinsen aus der Hauptsache auf die bezeichnete Zeit beziffert hat, so machte er doch als Rechtsgrund für jenen Anspruch nicht schlechthin einen Zinsanspruch geltend, sondern gerade die Bereicherung des Beklagten um die Nutzungen aus der Hauptsache, deren Betrag den berechneten Zinsen wenigstens gleichkomme. Es können daher nicht die für „Zinsen" jeder Art gültigen Verjährungsvorschriften des früheren und des jetzigen Rechts angewendet werden, sondern es ist die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren zu berücksichtigen, der nach früherem und jetzigem Recht auch der auf Ersatz von Nutzungen erstreckte Bereicherungsanspruch unterworfen ist (Art. 169 EGBGB.; §§ 195 ff. BGB.; Staudinger (7./8.) I, 709 A. 2 zu § 197). Diese Frist ist noch nicht ausgelaufen, der Klageanspruch daher begründet. (Urt. des II. ZS. vom 30. März 1914, L. 55/13). B — r.

3456

Bücheranzeigen.

Der jetzige Stand der Freirechtsbewegung. Der lebhafte Streit, der vor einigen Jahren über die Frage des freien Rechts entbrannt war, schien mit dem Dresdener Richtertag, der die Bindung des Richters an das Gesetz entschieden betonte, ein für allemal erledigt. Was konnte es auch helfen, zu lehren, daß die Richter befugt seien, über das Gesetz hinwegzugehen, wo ihnen seine Anwendung zu unrichtigen Ergebnissen zu führen schien, wenn die Richter selbst es ablehnten, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen? Der aufmerksamere Beobachter konnte es aber leicht erkennen, daß zwar diese, ohnehin auch früher nur vereinzelt aufgestellte äußerste Folgerung nicht mehr vertreten wurde, daß aber damit die Bewegung selbst durchaus nicht zum Stillstande gebracht worden war. Im Gegenteil: ihr innerster Kern, der Gedanke, daß nur die Befreiung des Richters vom Buchstabendienst, die Ueberwindung der Begriffsjurisprudenz durch eine, den Zweck des Gesetzes höher als seinen wörtlichen Sinn einschätzende Rechtsprechung, die jetzige Kluft zwischen Recht und Volk zu schließen vermöge, hat sich unaufhaltsam in immer weiteren Kreisen, nicht zuletzt in jenen der Richter, Anerkennung verschafft. Und nicht nur das: immer deutlicher zeigt sich, daß der Gedanke sich in die Wirklichkeit umzusetzen beginnt. Man braucht nur die jetzigen Entscheidungen des Reichsgerichts mit jenen zu vergleichen, die vor zehn Jahren oder noch früher ergingen, um zu erkennen, daß sich die Richter heute zum Gesetz ganz anders stellen als damals. Ihr sichtbares Ziel ist, das Gesetz zu beherrschen, es nicht pedantisch in jedem Falle gleichmäßig, sondern in jedem Falle so, wie es am richtigsten ist, anzuwenden; und es ist erfreulich, daß auch in den Kreisen der Theorie die Ueberzeugung Platz greift, daß damit ein richtiger Weg betreten ist. Zeugnis hiefür gibt das soeben erschienene Juliheft der Zeitschrift: Die Tat (Jena, Diederichs). Es genügt, die Namen der Mitarbeiter und ihre Beiträge zu nennen. Gustav Radbruch schreibt über das Rechtsgefühl, Hermann Kantorowicz über die Epochen der Rechtswissenschaft, Ernst Wolff über Freirechtsbewegung und Richteramt — ein sehr maßvoll gehaltener und darum auch sehr eindrucksvoller Aufsatz —, Hugo Sinzheimer über den Willen zur Rechtsgestaltung, Ernst Fuchs über die Erneuerung der Juristenfakultäten, Fritz Münch über Rechtsreformbewegung und Kulturphilosophie, Ferdinand Tönnies über Gemeinschaft und Individuum und — last not least — Max Rumpf über den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung. Ein frischer, entschiedener und doch besonnener Zug geht durch alle diese Ausführungen wie auch durch die noch folgenden kleineren Beiträge. Sie sind nicht die Summe dessen, was in dieser Richtung gearbeitet wird, nicht einmal ein Ueberblick darüber, sondern nur Anzeichen davon; aber diese Anzeichen lassen erkennen, daß die Arbeit rüstig gefördert wird und daß alle jene, die leichthin den Stab darüber brechen zu können meinen, sich sehr im Irrtum befinden. Ntß.

Güthe, Dr. Georg, Geh. Justizrat und vortragender Rat im Justizministerium. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts. 139 S. Berlin 1914, Franz Vahlen. Mk. 3.50.

Die Schrift gibt einen Vortrag wieder, den Güthe im Sommer v. J. in dem staats- und rechtswissenschaftlichen Fortbildungskurse für Assessoren in Berlin gehalten hat. Nach einem umfangreichen geschichtlichen Ueberblick über die Entwicklung des römischen und des deutschen Pfandrechts erörtert er zunächst die wirtschaftlichen Zwecke und das wirtschaftliche Wesen des Grundkredits, legt die wirtschaftlichen und die rechtlichen

Beziehungen zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer dar und behandelt dann die Fragen, die durch das Verhältnis mehrerer Kreditgeber untereinander entstehen. In einem weiteren Abschnitt bespricht er die Verbindung von Hypothek und Pfandbrief, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Rechtsformen der Verbindung, die landschaftliche und die hypothekenbankrechtliche Form, wobei er eingehend das Pfandbriefgeschäft schildert und hervorhebt, daß von der Befugnis, Hypothekenbriefe als Orderpapiere auszustellen, nur die landwirtschaftliche Kreditbank in Frankfurt a. M. Gebrauch gemacht habe. Von besonderem Interesse sind die Ausführungen über die Entschuldung des Grundbesitzes, in denen die beiden teils reichs- teils landesgesetzlich ausgestalteten Entschuldungsformen, die Amortisation und die Verschuldungsgrenze eingehend gewürdigt werden. In einem Schlußworte wirft Güthe noch einen Blick auf die vermutliche künftige Fortentwicklung des Hypothekenrechts; er will in Anlehnung an das Schweizer Zivilgesetzbuch die Verkehrsbuchhypothek aus dem deutschen Rechte ausgeschaltet wissen, bezeichnet es als ungerechtfertigt, daß das BGB. für den Fall der Eigentümerhypothek im § 1177 Abs. 1 dann, wenn der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner gewesen ist, eine gesetzliche Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld vorschreibt, befürchtet, daß die weitere Entwicklung des Gesellschaftswesens für das Hypothekenrecht Verwickelungen zur Folge haben könne, und weist schließlich auf die Möglichkeit hin, ein weiteres gesetzliches Mittel der Entschuldung des Grundeigentums durch eine Verwertung und Ausgestaltung der Rentenschuld zu schaffen.

Güthe hat die Aufgabe, die er sich gestellt, vortrefflich gelöst und es meisterhaft verstanden, die innigen Beziehungen des wirtschaftlichen Lebens zum Hypothekenrecht darzulegen. Wir möchten die Schrift nicht nur jedem Grundbuchbeamten, sondern überhaupt jedem empfehlen, der sich für das Hypothekenwesen interessiert oder ihm Interesse abgewinnen will.

München. Ministerialrat H. Schmitt.

Groß, Dr. Hans, o. ö. Professor an der Carola-Francisca in Graz. Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik. Sechste, umgearbeitete Auflage. Mit 157 Abbildungen im Text. 2 Bände. 1914. München, Berlin und Leipzig, J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier). Geh. Mk. 22.—; gebd. Mk. 24.—.

Trotz der zahlreichen Neuerscheinungen, die jedes Jahr die kriminalistische Literatur bringt, hat diese kein zweites Werk aufzuweisen, das mit dem Handbuch für Untersuchungsrichter einen Vergleich aushalten könnte. Auch die nächste Zukunft wird daran voraussichtlich nichts ändern. Die überragende kriminalistische Erfahrung, die sich in der Person des Verfassers, des Altmeisters der kriminalistischen Wissenschaft, verkörpert, und die überzeugende Klarheit der Darstellung, mit der er die Ergebnisse dieser Erfahrungen zum Lehrgegenstande für alle Jünger der Kriminalistik macht, sichern dem Werke für lange Zeit hinaus seine einzigartige Bedeutung. Nicht nur der angehende Kriminalist, auch der alte, der sich in langer Praxis geübt und bewährt hat, wird darin Anregung und Belehrung finden. Für den Untersuchungsrichter am Landgericht oder den mit Ermittlungen in Strafsachen beschäftigten Amtsrichter ist das Buch unentbehrlich — ich möchte es geradezu als eine Pflichtwidrigkeit bezeichnen, wenn er sein Amt ausüben würde, ohne das Handbuch für Untersuchungsrichter eingehend durchgearbeitet zu haben und es so oft als möglich bei seiner Berufstätigkeit heranzuziehen. Einzelheiten kann ich beiseite lassen. Die vorliegende Auflage enthält vieles Neue. Auch wer die fünfte genau zu kennen glaubt, vertiefe sich also nun in die sechste! Mit stolzer Freude erwähnt Hans Groß im Vorworte, daß nach 18jährigem Bemühen nun die „Erscheinungslehre des Verbrechens" in dem neueröffneten „K. K. Kriminalistischen Institut an der Universität in Graz" eine Stätte für ihre Pflege gefunden habe. Die ganze kriminalistische Welt hat diesen schönen Erfolg mit Freude begrüßt; möchten auch reichsdeutsche Universitäten sich durch dieses Vorgehen ihrer Schwester in der grünen Steiermark zu baldiger Nachfolge begeistern lassen!

Theodor Harster.

Pinzger, Dr. W., Landrichter in Magdeburg, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8°. VIII, 351 S. Stuttgart 1914, W. Kohlhammer. Mk. 4.50.

Diese neue Bearbeitung ist nicht nur für den juristischen Praktiker, sondern auch für den Kaufmann ein sehr brauchbares Hilfsmittel. Sie hält die Mitte zwischen dem kleinen Kommentar von Liebmann und dem großen von Hachenburg, ist besonders wertvoll durch den nahezu erschöpfenden Hinweis auf die bis in die neueste Zeit ergangene Rechtsprechung. Die Stellung zu Streitfragen, z. B. zum Einfluß der Erhöhung des Stammkapitals nach Erhebung der Auflösungsklage auf die Aktivlegitimation (§ 61 Abs. 2), ist unterblieben.

München. Justizrat Dr. Heinrich Frankenburger.

Gesetzgebung und Verwaltung.

Die Kosten der Stellvertretung der vor Justiz- oder Verwaltungsbehörden geladenen Beamten der Verkehrsverwaltung. Die durch die JMBek. vom 24. Dezember 1909 (JMBl. 555) zur Kenntnis der Justizbehörden gebrachte Bekanntmachung des Staatsministeriums für Verkehrsangelegenheiten vom 4. Dezember 1909 wurde aufgehoben durch die beiden Bekanntmachungen des Verkehrsministeriums vom 13. März 1912 (VerkMBl., Eisenbahndienstl. Teil S. 37, Postdienstl. Teil S. 83). An deren Stelle bestimmt § 6 Abs. 4, der diesen beiden Bekanntmachungen beigegebenen „Vorschriften über Urlaub, Dienstbefreiung und Dienstaushilfe" für die etatsmäßigen Beamten folgendes: Dienstbefreiung auf die erforderliche Zeitdauer ist auch zu gewähren, wenn Beamte in Gegenständen der Rechtspflege, der Verwaltung oder der Verwaltungsrechtspflege als Zeugen oder Sachverständige oder in Strafsachen als Angeklagte oder Beschuldigte vorgeladen werden. Die Stellvertretungskosten werden in diesen Fällen von der Staatskasse übernommen. Ein Ersatz der Stellvertretungskosten durch Zeugen- oder Sachverständigengebühren kann gleichviel, ob der Zeuge oder Sachverständige in amtlicher oder nichtamtlicher Eigenschaft vorgeladen wurde, nicht beansprucht werden. Nach § 12 der genannten Vorschriften sollen diese Bestimmungen auf „den Urlaub" der nicht etatsmäßigen Beamten und des sonstigen Personals entsprechend Anwendung finden, für das Personal der Post- und Telegraphenverwaltung jedoch mit der Maßgabe, daß der Urlaub nur erteilt werden kann, wenn ständig bezahlte Aushilfskräfte als Ersatz zur Verfügung stehen. 3155

Verantwortl. Herausgeber i. V.: E. Eckert, Landgerichtsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.



Nr. 22. München, den 15. November 1914. 10. Jahrg.

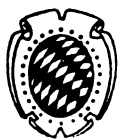
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Verlesung der Aussagen von Kriegsteilnehmern (§ 250 StPO.).

Von Oberlandesgerichtsrat **Neumiller** in München.

Die Kriegsnotgesetze vom 4. August 1914 enthalten nichts über Erleichterungen im Gebiet des Strafverfahrens.[1]) Die Rechtsprechung ist also gegenüber den Hemmnissen zufolge des Kriegs wieder einmal auf sich allein angewiesen, angesichts des übermächtigen Formalismus in der deutschen Strafrechtspflege eine mißliche Sache. Zwar hinsichtlich der Kriegsteilnehmer als Angeklagter erledigen sich die Fälle mangels Zulässigkeit einer Hauptverhandlung gegen Abwesende verhältnismäßig einfach. In der Revisionsinstanz wäre allerdings das Erscheinen des Angeklagten nicht nötig; das Reichsgericht setzt aber auch in solchen Fällen aus, wie den Tagesblättern zu entnehmen ist.[2]) Aehnlich werden die Strafgerichte auch die Rechtsmittel inzwischen Einberufener behandeln müssen. Im übrigen wurde durch Entlassung von Untersuchungsgefangenen zwecks Eintritts in den Heeresdienst der Kriegslage ohnehin vielfach Rechnung getragen.[3]) Praktisch läuft dies also auf etwas Aehnliches hinaus, wie es das Gesetz Nr. 4437 vom 4. August 1914 für die Kriegsteilnehmer als Beklagte formell vorschreibt.

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage bezüglich solcher Kriegsteilnehmer, die im Inland als Zeugen oder als Sachverständige auftreten sollen; hier kommen vor allem die Schwurgerichte in Betracht, weil bei ihnen eine Verständigung über den Umfang der Beweisaufnahme zwischen Gericht und Geschworenenbank so gut wie ausgeschlossen ist. So zeigte sich in den jetzigen ersten Kriegsschwurgerichten ein schwer überbrückbarer Gegensatz zwischen den strengen Vorschriften der StPO. in §§ 249 ff. über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme einerseits und der Notwendigkeit, monatelang bereits Verhaftete endlich sachgemäßer Aburteilung zuzuführen, andererseits. Selbstverständlich lagen aus der Zeit vor dem Kriege nur unbeeidigte, ohne Zuziehung des Angeschuldigten aufgenommene Zeugenvernehmungsprotokolle vor; § 250 Abs. 2 war also nur anwendbar, wenn auf Verzicht des Verteidigers gerechnet werden konnte und weiter angenommen wurde, daß die nachträgliche Beeidigung „nicht mehr ausführbar" war (Abs. 3 des § 250). Denn andernfalls handelte es sich um prozeßwidrig unbeeidigte Aussagen eidesfähiger Zeugen, die doch unverlesbar waren. Konnte aber die nachträgliche nochmalige Vernehmung und Beeidigung als möglich angesehen werden, so mußte man eben diese herbeiführen und die Zeugen entweder aus dem Felde herbeiladen oder die Angeklagten bis zum Kriegsende oder bis zum Tod oder der Verwundung der Zeugen in Untersuchungshaft sitzen lassen. Man konnte aber auch — und dies geschah beim Schwurgericht München — den umgekehrten Weg einschlagen; wenn es sich unmöglich erweist, die Zeugen nochmals zu vernehmen und zu beeidigen, weil sie jetzt nicht abkömmlich oder überhaupt nicht erreichbar sind und weil der verhaftete Angeklagte unmöglich solange

[1]) Ob dies freilich angesichts der zahlreichen Streitfragen zu diesen Notgesetzen zu bedauern ist, mag bezweifelt werden. Ihre Fassung läßt eben die Rücksichtnahme auf die tägliche Gerichtspraxis allzusehr vermissen; über die Verspätung ihrer Kundmachung in Süddeutschland wird noch besonders zu reden sein. Im Jahre 1870 mußte man sich in Bayern übrigens ohne jede derartige Notgesetzgebung behelfen, obwohl bei Kriegsausbruch die bayerische Prozeßordnung gerade drei Wochen in Kraft war und über den Krieg überhaupt nichts enthielt.

[2]) Vgl. auch DJZ. 1914 Sp. 1194.

[3]) Wegen Strafurlaubs und Strafaufschubs zwecks Eintritt in das Heer vgl. auch die preuß. allg. JMVerf. vom 5. August 1914 (JMBl. S. 660). Privatklagen gegen Kriegsteilnehmer behalten an sich ihren Fortgang, obwohl sie gewiß minder wichtig sind als Unterhaltsklagen von Frau und Kind, die der Unterbrechung verfallen.

der Freiheit beraubt sein kann, bis der Krieg beendigt oder der Zeuge gefallen oder etwa in ein nahes Lazarett gebracht ist, dann kommt überhaupt nicht mehr Abs. 2 des § 250 StPO. (Krankheit, Gebrechlichkeit, weite Entfernung) in Betracht, sondern eine dem Abs. 1 des § 250 ähnliche Lage. Damit entfällt dann auch jede Rücksicht auf Zustimmung oder Widerspruch des Verteidigers. Abs. 1 spricht freilich nur von Tod, Geisteskrankheit oder Unermittelbarkeit des Aufenthalts; das Reichsgericht ist aber schon lange genötigt gewesen, eine ausdehnende Auslegung für ähnliche Fälle zuzulassen, insbesondere für Sprachlähmungen (RGSt. Bd. 15 S. 409). Anderseits hat es wiederholt anerkannt, daß das Vernehmungshindernis nicht für alle Zukunft als bestehend nachgewiesen sein muß (RGSt. Bd. 4 S. 416), sondern daß es auf die zur sachgemäßen Erledigung des Straffalls verständigerweise verfügbare Zeit ankommt. So wird in Rspr. Bd. 10 S. 451 vorgerückte Schwangerschaft als Verlesungsgrund aus Abs. 2 angesehen. Den gleichen Gesichtspunkt verwertet die einzige für den Kriegsfall passende veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. November 1906 [4]) für die Verlesung nach Abs. 1 des § 250. Dort wurde die Verlesung der Aussage eines Angehörigen unserer afrikanischen Schutztruppe gebilligt und zwar mit Rücksicht auf den fortwährenden Aufenthaltswechsel auf einem weitausgedehnten, schwer zugänglichen Kriegsschauplatz und ausdrücklich hervorgehoben, daß die persönliche Vernehmung in einer für die Strafrechtspflege in Betracht zu nehmenden Zeit nicht zu erwarten sei. Die Anwendbarkeit auf unsere Kriegslage im August und September ist handgreiflich; es wird ganz abgesehen von der Bayer. JMBek. vom 14. September 1914 (JMBl. S. 201), wornach solche Vernehmungen von Angehörigen mobiler Truppen möglichst zu vermeiden sind, jedermann einleuchten, daß man nicht die Leute während des wechselnden Kampfgewoges aus den Schützengräben an der Aisne herausholen und vor den Kriegsgerichtsrat zur kommissarischen Vernehmung zitieren kann. Zweifellos würde ein solches Ersuchen, und zwar mit Recht, unausgeführt bleiben.[5]) Die Verlesung entspricht aber auch dem Gedankengang der StPO. selbst: in erster Linie persönliche Vernehmung vor dem erkennenden Gericht, in zweiter solche vor einem beauftragten oder ersuchten Richter unter Zuziehung des Angeklagten; in letzter Linie als Notbehelf Verlesung der Aussage, wie sie liegt, um sie im Interesse der Wahrheitsermittelung nicht völlig verloren gehen zu lassen.

[4]) JW. 1907 S. 413 (V. StS.); auch abgedruckt im Recht 1906 Nr. 3466 (nicht, wie Daude anführt: Recht 10, 445). Im Löweschen Kommentar ist die Entscheidung überhaupt nicht erwähnt.

[5]) Es handelt sich hierbei um ganz andere Hindernisse als den regelmäßigen militärischen Dienstbetrieb im Frieden, der freilich einer Zeugenladung nicht entgegensteht (Rechte 1910 Nr. 815).

Es wurde sohin bei jeder Ersatzzustellung an einen Zeugen, mochte in der Zustellungsurkunde ein Einberufungsvermerk ersichtlich sein oder nicht, genaue Feststellung durch die Gendarmerie über Einrückungstag, Truppenteil und letzte Nachrichten veranlaßt; die nämlichen Fragen wurden beim Zeugenaufruf an die sonstigen Vorgeladenen aus der gleichen Ortschaft gerichtet. Daraus ergab sich fast in jedem Fall völlige Klarheit darüber, an welchem Teile des Kriegsschauplatzes der Zeuge vor einiger Zeit geweilt hatte, aber auch, daß der augenblickliche Aufenthaltsort überhaupt nicht zu ermitteln war. Gleichzeitig wurde vorsorglich das K. Kriegsministerium um Auskunft über den dermaligen Aufenthaltsort des betreffenden Truppenteils ersucht; diese lautete dahin: „Das x-Regiment befindet sich mobil im Felde; sein Aufenthalt kann nicht bekannt gegeben werden". Daraufhin erging dann jeweils Verlesungsbeschluß z. B. mit folgender Begründung:

> „Es wird die Verlesung der richterlichen Untersuchungsprotokolle über die frühere unbeeidigte Vernehmung der Zeugen L., Kl. und Sch. angeordnet, weil diese Zeugen nach Gendarmeriebericht vom 19. ds. Mts. und Auskunft des K. bayer. Kriegsministeriums vom 24. ds. Mts. im Felde vor dem Feinde stehen und ihr Aufenthaltsort nicht angegeben werden kann, sohin in der für eine Haftsache in Betracht zu ziehenden Zeit weder ihre eidliche persönliche Vernehmung vor dem erkennenden Gericht, noch ihre kommissarische Vernehmung möglich ist, also eine dem Abs. 1 des § 250 StPO. entsprechende Sachlage besteht."

Sämtliche Sachen, in denen eine derartige Verlesung stattfand, sind beim VII. Münchener Schwurgericht durch sofortige Unterwerfung des Angeklagten rechtskräftig geworden, eine Revisionsentscheidung ist also nicht mehr zu erwarten. Es haben sich auch deutlich die Grenzen der Zweckmäßigkeit einer solchen Verlesung gezeigt; sie erwies sich als praktisch unerläßlich, aber auch ungefährlich in Tötungsfällen, bei denen sich der Angeklagte auf Trunkenheit und Notwehr berief, diese Einwände aber durch unbeteiligte, nun ins Feld gerückte Zeugen (Begleiter des Getöteten) widerlegt werden konnten. Hier wirkt die Verlesung der unbeeidigten Aussage weitaus besser als eine Wiedergabe der Erhebungen durch den Untersuchungsrichter oder Gendarmen. Bedenklich ist die bloße Verlesung in Sachen, bei denen auf den persönlichen Eindruck des Zeugen viel ankommt z. B. Meineidsanklagen; hier kann sie etwa nur zur Beendigung einer langen Untersuchungshaft — selbst um den Preis der Freisprechung — dienen. Meist wird aber Absetzung oder Aussetzung der Verhandlung nicht zu umgehen sein, zumal wenn der alsdann haftentlassene Angeklagte selbst ins Feld rücken muß. Ueber das Ergebnis einer neuen Verhandlung nach Kriegsbeendigung braucht sich die Anklagebehörde freilich keine besonderen Hoffnungen zu machen. Notwendig wird

die Aussetzung vollends, wenn der im Felde befindliche Untersuchungsrichter, z. B. über das Zustandekommen eines Geständnisses, vernommen werden soll.

Besondere Erwähnung verdienen noch die „verwaisten" Sektionsprotokolle, wenn nämlich die beiden sezierenden Aerzte ins Feld gerückt sind. Vernehmung des mitanwesenden Ermittlungsrichters kann in einfachen Fällen (Herzstich u. dgl.) zureichen;[6]) in einem Kindsmordsfalle (Ausreißen der Zunge) wurden die bei der Sektion aufgenommenen Lichtbilder von den bei der Kindsauffindung beteiligten Zeugen übereinstimmend als entsprechend bestätigt und darnach das Gutachten von einem bis dahin mit der Sache nicht befaßten Gerichtsarzt erstattet.[7]) Handelt es sich aber um den ursächlichen Zusammenhang im engeren medizinischen Sinne, also um Einzelheiten des Sektionsprotokolls, so wird nichts als dessen Verlesung nach § 250 Abs. 1 StPO. erübrigen, denn es ist seiner Wesenheit nach ein Protokoll über eine Sachverständigenvernehmung (RGSt. Bd. 2 S. 153),[8]) die hinsichtlich des Befundes als solchen unersetzlich ist, genau wie die Aussage eines sachverständigen Zeugen. Und ein neu zugezogener Gutachter kann nur auf Grund des Prozeßstoffes der Hauptverhandlung sein Gutachten abgeben, darf also das Sektionsprotokoll nicht berücksichtigen, wenn es nicht Gegenstand der Hauptverhandlung war.

Das hier Erörterte betrifft freilich nur eine Uebergangsfrage; denn schon nach wenigen Monaten werden die allermeisten Fälle aus der Zeit vor Kriegsausbruch erledigt sein, deren Zeugen in das Feld gezogen sind. Immerhin weisen die aufgetauchten Fragen abgesehen von ihrer praktischen Wichtigkeit einen derartig engen Zusammenhang mit den Prozeßgrundlagen auf, daß ihre Darlegung nicht ohne Wert sein dürfte.[9])

Ein Beitrag zur Auslegung des bayerischen Fideikommißedikts.

Von Rechtsanwalt **Link** in Würzburg.

Immer noch ist der Streit um die Auslegung des § 84 FE. nicht geschlichtet, weder in der Theorie noch in der Praxis. Einzelne Fideikommißgerichte gestatten Stiftungsurkunden mit mehrmaligem „Familienwechsel", andere wieder beschränken ihn auf zwei Familien.

[6]) Auch der Gerichtsschreiber allein kann genügen.

[7]) Das Leben nach der Geburt stand zeugschaftlich einwandfrei fest (Zappeln, Schreien, Tod erst in der Gebäranstalt).

[8]) Was freilich bei der in Bayern üblichen Fassung („die Sektion hatte folgendes Ergebnis") wenig hervortritt.

[9]) In ähnlicher Weise wurde nach einer dankenswerten Mitteilung des Herrn Landgerichtsdirektors Dr. Goebel-Berlin auch bei den dortigen ersten Kriegsschwurgerichten verfahren.

In der Theorie hat die im Jahre 1907 erschienene ausgezeichnete Schrift von Dr. Gottfried Ritter von Schmitt: „Der Familienwechsel nach bayerischem Fideikommißrechte" der Ansicht erfolgreich durchzuhelfen versucht, daß dem Fideikommißstifter durch § 84 des Ediktes nicht verboten sei, einen wiederholten Familienwechsel auf demselben Fideikommiß anzuordnen; Dr. v. Schmitt ist sogar noch weiter gegangen und hat behauptet, gerade durch den § 84 FE. sei dem Stifter die Befugnis eingeräumt worden, den wiederholten Familienwechsel anzuordnen.

Eine in neuerer Zeit (1912) erschienene Schrift von Dr. Adolf v. Grafenstein: „Die Fideikommißerrichtung nach bayerischem Recht" nimmt wieder einen gegenteiligen Standpunkt ein und erklärt nur einen zweimaligen Familienwechsel für erlaubt mit der weiteren Einschränkung, daß unter „Familie" nur die Deszendenz des Stifters zu verstehen sei.

Es ist ohne weiteres verständlich, daß eine Unsicherheit auf diesem Gebiete, wo zumeist hohe Werte und der Glanz ganzer Adelsfamilien in Frage stehen, nicht gleichgültig und daher ein Beitrag zur Klärung der Sache nicht unwillkommen ist.

Wie insbesondere v. Schmitt in seinen Ausführungen darlegt, teilt sich die Rechtsanwendung der Fideikommißgerichte in zwei Perioden: die Zeit vor und die nach 1876.

Vor dem Jahre 1876 sind in den Amtsblättern viele Ausschreibungen über gerichtlich genehmigte und in die Fideikommißmatrikel eingetragene Fälle der Anordnung wiederholten Familienwechsels veröffentlicht worden.

Am 13. Juni 1876 erfolgte eine Entscheidung des ObLG. (Bd. 6 a. F. S. 232), wonach die Errichtung eines Familienfideikommisses auf zwei Familien beschränkt sei. Seit dieser Zeit war die Praxis der Fideikommißgerichte geteilt: ein Teil derselben hielt sich an die ältere Richtung, wonach ein wiederholter Familienwechsel zulässig sei, und ein Teil paßte sich der neueren Rechtsprechung an.

Die Entscheidung vom 13. Juni 1876 fand im großen ganzen ihre Wiederholung in der Entscheidung vom 21. Juli 1891 (Bd. 13 a. F. S. 472), während ein neueres Erkenntnis (Bd. 11 n. F. S. 168) zu der von Dr. v. Schmitt vertretenen Ansicht hinzuneigen scheint, ohne allerdings entscheidend Stellung zu nehmen.

In all diesen Fällen gipfelt die Auslegung in der doppelten Frage: Was versteht § 84 FE. unter der „einen" und was unter der „andern" Familie und was ist überhaupt unter Familie zu verstehen?

I.

Unbestritten ist zunächst, daß unter der „andern" Familie eine der vorbesitzenden Familie vollständig fremde Familie verstanden werden darf (v. Schmitt § 13 S. 25; von Grafenstein S. 36). Es war

dies eine Neuerung gegenüber § 24 des Majoratsedikts v. J. 1811, das die Wahl der nachzuberufenden Familie auf die Seitenverwandten der vorbesitzenden Familie beschränkte, und es dürfte wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß die Wahl der Worte „nicht nur — sondern auch" in § 84 FE. gerade diese Neuerung einführen und hervorheben wollte gegenüber dem früheren Rechtszustand.

Mit Recht betont v. Schmitt, es habe diese Satzfassung mit „nicht nur — sondern auch" die alte Familieneinheit verneint; zu weit aber geht es, wenn v. Schmitt erklärt, es habe die Fassung „nicht nur — sondern auch" nicht nur einen einzigen Fall von Familienwechsel, sondern auch gerade die Erlaubtheit eines wiederholten Familienwechsels zum Ausdruck bringen wollen. Hiezu gibt die grammatikalische Bedeutung der Verbindungswörter „nicht nur — sondern auch" keine Veranlassung. Mit Recht nimmt auch v. Grafenstein gegen diese Ansicht Stellung.

Es dürfte sich deshalb richtigerweise in § 84 FE. zunächst nur um die Gegenüberstellung zweier Familien, nämlich der „einen", der „ersten" Familie und der „andern", der der vorbesitzenden fremden Familie handeln.

Es verdichtet sich sohin die hier vertretene Anschauung dahin, daß unter der „andern" Familie des § 84 nicht nur eine der „einen", der „ersten" Familie fremde Familie verstanden werden darf, vielmehr daß hierunter eine fremde Familie verstanden werden muß.

Es hätte nach dem bisher Dargelegten keinen Zweck gehabt, mit dem schweren Satzbau „nicht nur — sondern auch" von einer andern Familie zu sprechen, wenn darunter nicht etwas anderes zu verstehen gewesen wäre als bis dahin auch, nämlich die Berufung von Seitenverwandten, von einer Familie mit gleichem Wappen, Helm und Schild.

Diese Anschauung läßt sich noch dadurch stützen daß § 84 Abs. 2 FE. die Feststellung für erforderlich gehalten hat, daß auch die „letzte", die „andere" Familie des Abs. 1 alle aus dem Miteigentum fließenden Rechte hat, solange die erste Familie nicht erloschen ist

Für Fideikommißanwärter gleicher Familie hätte sich das schon aus § 42 FE. verstanden.

Als erstes Ergebnis dürfte deshalb festzuhalten sein, daß unter der „andern" Familie des § 84 Abs. 1 stets eine der „einen", der „ersten" Familie fremde Familie verstanden werden muß.

Damit widerlegt sich auch gleichzeitig die Ansicht, daß die Bezeichnung „andere" Familie ein bloßer Zahlbegriff sei und soviel wie „zweite" Familie bedeute.

Macht man sich nun die von Dr. v. Grafenstein angewandte Folgerung zu eigen: daß die in bestimmter grammatikalischer Anordnung einander gegenüber gestellten Begriffe gleichheitlich sein müssen, so muß man zu dem Schluß kommen, daß dann, wenn das in dem zweiten Satz mit „sondern auch" eingeführte Wörtchen „andere" adjektivische Bedeutung hat und kein bloßer Zahlbegriff ist, ebenso auch dem mit „nicht nur" eingeführten Wörtchen „einer" gleichfalls kein bloßer Zahlbegriff inne wohne.

Tatsächlich steht auch gar nichts entgegen dem Begriffe „einer" Familie den Beiklang „irgendeiner, einer gewissen, einer bestimmten" Familie zu geben. Der Begriff der „andern"- der „fremden" Familie nötigt sogar hiezu.

Hätte das „andere" die reine Zahlbedeutung einer „zweiten" Familie, so müßte ihr allerdings das „eine" mit dem Sinne „einer einzigen" Familie entsprechen.

Es dürfte sich deshalb nicht zu Unrecht die Folgerung ergeben, daß unter der „einen" Familie des § 84 FE. nicht etwa eine einzige Familie zahlenmäßig festgelegt werden wollte, sondern daß nur der Gegensatz zwischen der zunächst im Auge gehabten einen Familie mit gleichem Wappen, Helm und Schild und der andern, der fremden Familie betont werden sollte.

Während das Majoratsedikt die Berufung zur Majoratsfolge unter allen Umständen auf die Familie mit gleichem Wappen, Helm und Schild beschränkte, hat das Fideikommißedikt auch eine fremde Familie zur Fideikommißfolge zugelassen.

Daß dies im § 84 FE. zum Ausdruck kommen sollte, ist allgemein anerkannt, daß aber nur dies zum Ausdruck kommen sollte, ist das Ergebnis obiger Ausführungen.

II.

Wenn auch die Gegenüberstellung der „einen" und der „andern" Familie keine zahlenmäßige Feststellung zum Zweck hatte, sondern nur die Neuerung gegenüber dem bisherigen Recht, nämlich die Berufungsmöglichkeit einer stammfremden Familie zum Ausdruck bringen wollte, so erhebt sich doch die Frage, ob nicht gleichzeitig eine Festlegung auf zwei Familien (Familie hier im weiteren Sinn gemeint) erfolgt sei.

Dr. v. Schmitt verneint dies, v. Grafenstein bejaht es.

Auf der Grundlage des hier gewonnenen Ergebnisses, daß § 84 FE. im Gegensatz zu dem früheren Rechtszustand die Berufungsmöglichkeit einer fremden Familie festlegen wollte, ist die Möglichkeit der — sukzessiven — Berufung mehrerer fremder Familien, also ein wiederholter Familienwechsel (Familie im weiteren Sinne), an sich gegeben.

Allein überwiegende Gründe sprechen dagegen.

Wenn v. Schmitt die adjektivische Bedeutung des Wörtchens „andere" für seine Ansicht des wiederholten Familienwechsels ins Feld führt, so ist dies kein bündiger Beweis.

Es kann eine Mehrheit bedeuten, muß sie aber nicht bedeuten. Eine andere Familie ist jede andere Familie, bleibt es aber auch dann, wenn sie nur für sich allein betrachtet wird. In

diesem Fall verschiebt sich dann die Betonung unmerklich auf das „ein", so daß aus einer andern Familie eine andere Familie wird.

Es bleibt sohin die Möglichkeit offen, daß in der Gegenüberstellung „einer" Familie mit einer „andern" Familie in § 84 FE. eben nur eine andere Familie gemeint, also nur ein einmaliger Familienwechsel gewollt war; die adjektivische Bedeutung des Wörtchens „andere" ist zahlenmäßig indifferent und beweist deshalb für einen wiederholten Familienwechsel nichts.

Wenn v. Schmitt ferner für seine Ansicht anführt, daß das Wörtchen „einer" unbestreitbar Zahlbedeutung habe und alsdann in der Fassung „nicht nur einer" Familie eine Reihenfolge eröffnet werde, die eine zweite Familie jedenfalls einbegreife, weitere Familien aber nicht ausschließe, so ist auch hierdurch nur die Möglichkeit gegeben, daß weitere Familien nicht ausgeschlossen sind, für eine Wahrscheinlichkeit dessen liegt gar kein Anhalt vor; es kann ebensogut die Reihenfolge bei der zweiten Familie bereits abgebrochen werden.

Die weitere Ansicht v. Schmitts endlich, daß die gewichtige Konstruktion mit „nicht nur — sondern auch" offenbar nicht nur einen einmaligen Familienwechsel habe einführen wollen, widerlegt sich, wie schon oben dargetan, damit, daß eben nach Schmitts eigener Ansicht im höchstbedeutsamen Gegensatz zum früheren Recht die Berufungsmöglichkeit einer andern, stammfremden Familie eröffnet wurde.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich sohin nichts für die von v. Schmitt vertretene Ansicht, daß eine Mehrzahl von Familien berufen werden könne. Im Gegenteil, der Wortlaut steht dem entgegen.

Wenn im Vorgehenden behauptet wurde, daß die Worte zum Vorteil „einer" Familie nicht bloße Zahlbedeutung, sondern den Beiklang „einer gewissen, einer bestimmten" Familie hätten, so kann trotzdem unbedenklich zugegeben werden, daß ihm auch Zahlbedeutung innewohnt; auch die gewisse, bestimmte Familie ist eine Familie.

Nachdem nach dem früheren Recht nur eine einzige Familie (im weiteren Sinne) majoratsberechtigt und jede fremde Familie ausgeschlossen war, § 84 FE. aber dem alten Recht gerade die Neuerung gegenüberstellen wollte, ergibt sich, daß die „eine" Familie in § 84 die Repräsentantin des alten Rechts ist und sohin auch die Zahlbedeutung des alten Rechts beibehalten hat.

Wie schon oben dargetan, besteht die Möglichkeit, daß unter dem Begriff einer andern Familie zugleich auch nur eine andere Familie verstanden wird; da ferner das alte Recht nur eine einzige Familie im Auge hatte und die Neuerung sich, wie dargetan, auf die Berufung der stammfremden Familie beschränkt, so ist wohl mit gutem Grund anzunehmen, daß auch nur eine einzige stammfremde Familie sollte nachberufen werden können. Wenn das alte Recht nur die Berufung einer einzigen Familie zuließ, so läßt das neue Recht auch nur die Nachberufung einer einzigen fremden Familie zu.

Das oberste Landesgericht hat in seiner Entscheidung vom 13. Juni 1876 ausgeführt, wenn das Gesetz mehrere Familien und nicht nur eine zweite habe nachberufen wollen, so wäre der Ausdruck „zum Vorteil anderer Familien" nahegelegen und wäre nicht der „einer andern Familie" gewählt worden.

Dem stellt v. Schmitt entgegen, daß hiebei übersehen sei, daß der ganze Abs. 1 des § 84 in Singularkonstruktion stehe, sowie daß die Wendung „sondern auch andern Familien" dem Zweifel Raum gegeben hätte, ob das Fideikommiß nicht auch gleichzeitig mehreren Familien zustehen könne (Kondominatfideikommiß).

Allein dem ist entgegen zu halten, daß der § 84 Abs. 1 nur soweit in Singularkonstruktion steht als er dieselbe anwenden mußte um den rechten Sinn auszudrücken; ohne Aenderung seines Sinnes hätte er nicht in Pluralkonstruktion stehen können; es handelt sich also keineswegs um eine bloße Stilangleichung; sodann hätte die Pluralwendung „zum Vorteil anderer Familien" — wenn sie bedacht gewesen wäre — jedenfalls zu keinen größeren Zweifeln Anlaß gegeben als die jetzige Singularfassung, falls damit eine Mehrheit ausgedrückt werden sollte.

Es ist auch nicht wahrscheinlich, daß die Pluralwendung „zum Vorteil anderer Familien" Veranlassung gegeben hätte, an die Einführung eines Kondominatfideikommisses zu denken; zu dieser Annahme hätte höchstens die Fassung „zum Vorteil mehrerer Familien" verleiten können.

Ganz besonders aber hätte die Pluralkonstruktion dann auch in Abs. 2 des § 84 in Erscheinung treten müssen und wäre hier unschwer klarzustellen gewesen, ob in Abs. 1 ein Kondominatfideikommiß gemeint war oder nicht.

Die Einwände v. Schmitts sind also nicht durchschlagend.

Als nicht überzeugend wirkt anderseits aber auch die Ausführung des ObLG. (Bd. 6 S. 232), daß für die engere Auslegung, für die Beschränkung auf zwei Familien besonders die Gegenüberstellung der „ersten" und der „letzten" Familie in Abs. 2 des § 84 spreche.

An sich würde es ja wohl nahe liegen, den Wörtchen „ersten" und „letzten" Zahlbedeutung beizulegen; dann aber müßte man eine Mehrzahl von Familien annehmen, denn nur dann wäre diese Ausdrucksweise korrekt. Diese Folgerung kann aber aus inneren Gründen nicht gezogen werden, vielmehr nötigt der Sinn des § 84 zu dem Schlusse, daß unter der „letzten" Familie in Abs. 2 die „andere" Familie in Abs. 1 zu verstehen sei. Die Wörtchen „erste" und „letzte" haben also nicht Zahlbedeutung, sondern sind hinweisende Fürwörter mit dem wirklichen Inhalt „erstere" und „letztere"

Die Beweisführung des Obersten Landesgerichts ergibt also für sich allein kein überzeugendes Resultat; nur mit Rücksicht auf die bereits vorgetragenen anderen Gründe ist das Ergebnis, daß es sich nur um zwei zur Fideikommißfolge berechtigte Familien handle, als richtig anzuerkennen.

Nicht überzeugend ist auch das Argument Dr. v. Schmitts, daß das Edikt von 1818, wo es von erster und anderer Familie spricht, nicht von der ersten und der anderen, sondern von der ersten und einer anderen Familie rede, wenn es eine Einheit bezeichnen wolle.

Es kommt m. E. überhaupt nur eine Stelle in dem ganzen Edikt vor, die zum Vergleich herangezogen werden könnte: in § 86.

Allein dieser Hinweis ist nicht stichhaltig.

Wo der bestimmte Artikel gebraucht wird, ist auch bereits eine bestimmte Familie ins Auge gefaßt, wo aber der unbestimmte Artikel gebraucht wird, ist noch keine bestimmte Familie gemeint, sondern eben irgendeine. Dies ersieht man deutlich aus § 84 selbst:

Ein Fideikommiß kann errichtet werden nicht nur zum Vorteil einer (= irgend einer) Familie, sondern auch zum Vorteil einer (= irgend einer) andern Familie.

In Abs. 2 heißen diese nunmehr bereits bezeichneten Familien aber die erste und die letzte, wofür man nach den früheren Ausführungen ebensogut sagen dürfte die eine und die andere.

Es würde sohin gerade diese Argumentation dazu führen, daß in § 84 nur zwei Familien einander gegenüber gestellt sind.

Da sohin alle Gründe versagen für die Annahme eines mehrfachen Familienwechsels, ist daran festzuhalten, daß § 84 nur zwei Familien einander gegenüberstellt.

Das weitere Ergebnis ist sohin folgendes:

Es kann nur **eine** der ersten Familie fremde Familie nachberufen werden.

III.

Gegenüber diesem Ergebnis erhebt sich sofort als nächste zum mindesten ebenso umstrittene Frage die, was unter der „Familie" in diesem Sinn zu verstehen sei.

Alle Fideikommißstiftungen, soweit dies zu ersehen war, und damit auch die Entscheidungen der sämtlichen Fideikommißgerichte würden dem gewonnenen Ergebnis scharf gegenüber stehen, wenn unter der Familie nur die engste Bedeutung des Wortes d. h. wenn nur die Deszendenz des Stifters (genauer gesagt: die Deszendenz des ersten Fideikommißinhabers) hierunter zu verstehen wäre.

Es wäre auch ein Widersinn, wenn nur ein einmaliger Familienwechsel derart stattfinden dürfte, daß wohl eine der Deszendenz des Stifters fremde Familie, nicht aber eine derselben nächstverwandte Familie zur Fideikommißfolge berufen werden dürfte, obgleich der Zweck der Fideikommisse doch unbestreitbar der ist, den Glanz einer bestimmten Familie zu sichern.

Es zwingt mithin schon diese Erwägung dazu, daß die Bedeutung des Wortes Familie in § 84 FE. nicht die sein kann, daß hierunter nur die Deszendenz des Stifters zu verstehen sei.

Dies Ergebnis findet auch im folgenden seine Stütze: Statt aller weiteren Ausführungen sei hier der Kürze halber auf die Darlegungen bei v. Grafenstein S. 27—29 bezug genommen, woraus sich ergibt, daß die gemeinrechtliche Auffassung und auch die des bayerischen Landrechts dahin ging, daß unter der Familie die Gesamtheit aller Personen gleichen Namens und gleichen Wappens zu verstehen sei. Dieser ja auch anderweit von namhaften Vertretern der Wissenschaft angewandte Begriff der Familie wird auch von Dr. v. Grafenstein in einer so klaren Weise dargelegt, daß man am Ende seiner diesbezüglichen Ausführungen die volle Ueberzeugung hat, daß der Begriff der Familie in § 84 FE. kein anderer sein könne als dieser — bis man plötzlich und unvermutet doch das Gegenteil glauben soll.

Die Begründung hiefür wirkt denn auch im Gegensatze zu derjenigen der zurückgewiesenen Auffassung gar nicht überzeugend:

Daß der Stifterwille nicht mehr wie im Land- und gemeinen Recht das primär Maßgebende sei, ist nur in der Beschränkung des § 13 des Edikts zuzugeben. Gerade der Stifterwille aber ist es, wie hier vorausgegriffen sei, der gem. § 1 FE. den engeren oder weiteren Kreis der Fideikommißbesitzer bestimmt, der entweder das Fideikommiß auf mehrere Geschlechtsfolger beschränkt oder auf alle ausdehnt.

Als verfehlt muß es bezeichnet werden, den in § 84 FE. angewandten Familienbegriff aus § 77 folgern zu wollen.

§ 77 regelt nichts anderes als die Art der Erbfolge innerhalb der Familie, nämlich den Uebergang des Fideikommisses von dem jeweiligen Fideikommißbesitzer auf dessen eheliche Nachkommen; daß damit eine Definition der „Familie" gegeben sei, ist rundweg zu verneinen.

Es ist falsch zu behaupten, dadurch daß das Gesetz erkläre, das Recht zur Erbfolge gehe von ihm, dem Konstituenten, auf die Nachkommen über, sei zum Ausdruck gebracht, daß Aszendenten und Seitenverwandte des Stifters unbedingt ausgeschlossen seien, da sie keine „Nachkommen" des Stifters seien.

Diese Schlußfolgerung ist deshalb nicht richtig, weil ihre Voraussetzung nicht stimmt, daß nämlich das Fideikommiß nur zugunsten einer Person, des Stifters oder eines Dritten, errichtet werden könne.

Wendet man den Begriff der Familie an, wie v. Grafenstein es will, dann muß man notwendig eine einzelne Person, für die (und deren Nachkommen) das Fideikommiß errichtet wurde, voraussetzen. Das dürfte aber schon um deswillen abzulehnen sein,

weil bereits § 1 FE. die Unterscheidung von einzelnen Personen und Familien macht, sohin die Fideikommißerrichtung zugunsten ganzer Familien zuläßt.

Man kann demgegenüber nicht einwenden, daß die Worte in § 1 „zum Vorteil adeliger Personen und Familien" etwa das gleiche besagen oder daß das Wort Familie dort auch in dem Sinn einer berufenen Einzelperson und deren Deszendenz zu deuten sei.

Daß unter der „adeligen Person" keine bloße Einzelperson, sondern auch zugleich deren Deszendenz zu verstehen ist, ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem Zweck des Fideikommisses, das ja der Erhaltung eines Geschlechtes dienen soll und es verlangt notwendig eine Vermögensbindung entweder auf alle oder doch mehrere Geschlechtsfolger dieser „adeligen Person".

Wenn man den Familienbegriff v. Grafensteins in § 1 zugrunde legt, wird man gezwungen in den Worten „adeliger Person und Familien" eine Tautologie zu erblicken.

Faßt man aber den Familienbegriff in weiterem Sinne auf, so kommt man zu dem Resultat, daß man ein Fideikommiß auch errichten kann zugunsten der Deszendenz einer nicht mehr lebenden Person.

Diese Deszendenz wird auch zusammen gehalten durch einen gemeinsamen Stammvater; der Unterschied ist nur der, daß er nicht mehr lebt, während die einzelne adelige Person als Stammvater lebt und selbst berufen ist.

Auf solche Weise ergibt sich ungezwungen eine Unterscheidung zwischen den Begriffen „adeliger Person und Familie" in § 1 FE., die den Worten auch einen Inhalt gibt.

Der Begriff Familie in § 1 ist sohin nicht der, daß hierunter eine bestimmte berufene Person und deren Deszendenz zu verstehen sei.

Von Bedeutung ist aber besonders noch der Umstand, daß die Auslegung v. Grafensteins den Inhalt des § 77 FE. nicht erschöpft, indem die Worte „das Recht zur Erbfolge gründet sich in der Anordnung des Konstituenten" vollständig außer acht gelassen werden.

Mit diesen Worten soll doch jedenfalls ausgedrückt sein, daß der Stifter über die Erbfolge in das von ihm errichtete Fideikommiß zu verfügen hat, daß sein Wille maßgebend ist und über das Schicksal des Fideikommisses bestimmt — soweit natürlich das Gesetz nicht entgegensteht.

Legt man nun den engen Familienbegriff hier zugrunde, so bleibt von dem Recht des Stifters die Erbfolge zu bestimmen nichts mehr übrig:

Gemäß § 77 geht von ihm oder von demjenigen, zu dessen Gunsten er das Fideikommiß errichtete, die Erbfolge auf die ehelichen Nachkommen über; hieran kann der Stifter nicht rütteln. Es steht ihm auch nicht frei zu bestimmen, auf welchen dieser Nachkommen das Fideikommiß übergehen soll, denn § 87 FE. bestimmt die Erstgeburtsfolge. Es ist dem Stifter durch § 77 auch nicht das Recht vorbehalten an Stelle der einen Familie (i. e. S.) dann eine andere nachzuberufen, denn dieses Recht ist ihm ja angeblich in § 84 eingeräumt.

So bleibt bei Anwendung des engen Familienbegriffes von dem Recht des Konstituenten über das Erbfolgerecht Anordnungen zu treffen nichts übrig als leere Buchstaben.

Legt man aber den weiteren Begriff der Familie zugrunde, so gewinnen die Buchstaben Inhalt:

Kraft Gesetzes ist das Erbfolgerecht zwar an die ehelichen Nachkommen in Erstgeburtfolge gebunden, der Stifter kann aber anordnen, welche Linie der Familie (i. w. S.) jeweils nach Aussterben der vorgängigen Fideikommißinhaber zur Erbfolge berufen sein soll, in freiem Belieben waltet hier sein Wille, hier gründet sich das Recht zur Erbfolge wirklich auf seine Anordnung, während sie sich andernfalls, bei der Familie i. e. S., nur auf das Gesetz gründen würde, so daß also das Gegenteil dessen ereicht wäre, was das Gesetz in § 77 bestimmen wollte.

Man kann nicht einwenden, daß es in der freien Anordnung des Konstituenten liege, zu wessen Vorteil er das Fideikommiß errichten wolle, denn § 77 handelt nicht vom Anordnungsrecht des Stifters zur Berufung, sondern zur Erbfolge.

Man kann auch nicht einwenden, Berufung zum Fideikommiß und Erbfolge in dasselbe seien das gleiche.

Wer annimmt, daß Familie nur die Deszendenz des ersten Fideikommißinhabers sei, für den ist berufen nur der erste Inhaber, die Erbfolge tritt nur für seine Deszendenz in Erscheinung. Wer annimmt, daß Familie im weiteren Sinn zu verstehen sei, für den fließen nur bei den nachberufenen Linien Berufung und Erbfolge zusammen, denn die Erbfolge derselben gründet in der Berufung, in der Anordnung des Konstituenten. Man kann auch nicht einwenden, die Singularfassung des § 77 — „das Recht zur Erbfolge ... geht ... von demjenigen zu dessen Vorteil der Stifter das Fideikommiß errichtet hat, auf die ehelichen Nachkommen über" — beweise, daß nicht eine Mehrzahl von Personen (und deren Deszendenz) zur Erbfolge berufen werden könne. Die Singularkonstruktion beweist gar nichts; der Zweck dieses angeführten Teilsatzes ist lediglich die Regelung der Erbfolge für die Nachkommen einer bereits berufenen Person, nicht aber die Regelung des Personenkreises, zu dessen Vorteil das Fideikommiß errichtet werden kann.

Er enthält zugleich die Regelung der Erbfolge für die Nachkommen jeder berufenen Person, so daß ohne Aenderung des Satzsinnes auch geschrieben sein könnte: die Erbfolge geht von jedem, zu dessen Vorteil das Fideikommiß errichtet ist, auf die ehelichen Nachkommen über. Damit ist dem „demjenigen" jede Einheitsbedeutung genommen.

Tatsächlich muß auch, wer Familie in dem engen Sinn der Deszendenz einer berufenen Person auslegt, auf Grund des in § 84 eingeräumten einmaligen Familienwechsels unter dem „demjenigen" in § 77 wenigstens zwei Personen verstehen, so daß auch von diesem Standpunkt aus unbedenklich die Fassung des § 77 lauten dürfte: das Recht zur Erbfolge geht von denjenigen zu deren Vorteil das Fideikommiß errichtet ist, auf die ehelichen Nachkommen über.

Es ist sohin auch in § 77 ausgesprochen, daß ein Fideikommiß zum Vorteil mehrerer Personen errichtet werden kann, daß § 77 so wenig wie beispielsweise § 1924 BGB. eine Definition der Familie gibt, sondern lediglich eine Erbfolgeordnung aufstellt.

Es hat sich also kein stichhaltiger Grund dafür ergeben, daß der bis zur Schaffung des Fideikommißediktes übliche Begriff der „Familie" geändert und aufgegeben sei.

Weder § 77 noch sonst einer der Paragraphen des FE. enthält eine Definition des Begriffes Familie und § 84 bedeutet mit seiner Fassung „nicht nur — sondern auch" jedenfalls keine Einengung des bisherigen Rechtszustandes; der Rechtszustand aber war in dem Edikt von 1811 unbestrittenermaßen der, daß der Stifter nicht nur seine Deszendenz, sondern auch die Seitenverwandten seines Namens und Stammes berufen konnte. Daß dieser Rechtszustand von dem Fideikommißedikt nicht beseitigt, sondern aufrechterhalten werden wollte, hat v. Schmitt wohl einwandfrei dargetan.

Da wie früher nachgewiesen wurde, § 84 FE. unter der andern Familie nur eine fremde Familie versteht, muß sohin der von dem Majoratsedikt gestattete Familienwechsel innerhalb der Grenzen der einen Familie des § 84 liegen, d. h. es muß der Begriff Familie hier im weiteren Sinn aufgefaßt werden.

Gleiches gilt dann natürlich auch für die andere Familie.

Dieser weitere Familienbegriff ist dann auch in § 77 vorausgesetzt und es findet diese Ansicht ihre Bestätigung darin, daß nur bei Zugrundelegung des weiteren Familienbegriffes das dem Stifter in § 77 eingeräumte Erbfolgeanordnungsrecht eine Bedeutung gewinnt.

IV.

Endlich sei auch noch zu den Entsch. des BayObLG. in Bd. 6 und 13 Stellung genommen.

In Bd. 6 und ebenso bei v. Grafenstein ist behauptet, unter „Familie" seien nur die Nachkommen eines bestimmten Familienhauptes zu verstehen; daß auch dieses Familienhaupt selbst hiezu gehöre, ist nicht ausdrücklich behauptet, obgleich dies, wie noch darzutun ist, nicht bedeutungslos bleibt.

Indessen soll gegen diese Definition grundsätzlich gar nichts eingewendet werden, es fragt sich nur, von welchem Stammvater man ausgeht.

Wenn der Stifter nur seine Deszendenz beruft, dann beruft er seine Familie, wenn der Stifter auch seine Brüder beruft, so beruft er die Deszendenz seines Vaters usw., also stets die Deszendenz eines bestimmten Familienhauptes.

Diese Folgerung lehnt die Entscheidung in Bd. 6 ab mit der Berufung auf §§ 77 und 84 FE., woraus sich ergebe, daß unter Familie nur die Deszendenz des Stifters oder des berufenen Dritten zu verstehen sei.

Der Begriff Familie erfordert aber nur die Abstammung von einem gemeinsamen Stammvater, das Wegfallen eines Familienmitgliedes — sei dies auch der Stammvater selbst — zerstört die Familie nicht.

In weiterer Ausdehnung bleibt deshalb auch die Familie früherer Stammeltern bestehen, wenn man nur jeweils den entsprechenden Stammvater ins Auge faßt. Je nachdem, ob von A, B, C, D usw. ab gerechnet wird, ist man auch berechtigt von der Familie A, B, C, D usw. zu sprechen.

Wenn nun das Fideikommißedikt in § 1 die Errichtung von Fideikommissen nicht nur zugunsten adeliger Personen, sondern auch zugunsten adeliger Familien gestattet, ist gar nicht einzusehen, warum der Stifter gerade die Familie D sollte berufen müssen, weil deren Stammvater noch lebt, und nicht auch die Familien A, B, C, deren Familienhäupter nicht mehr leben.

Man definiert doch: Familie sei die Deszendenz eines bestimmten Familienhauptes, und hier handelt es sich ja um die Deszendenz bestimmter Familienhäupter.

Wofür ist die Gegenüberstellung der Errichtungsmöglichkeit von Fideikommissen für adelige Personen und Familien in § 1 FE., wenn damit nicht zum Ausdruck gebracht ist, daß ersterenfalls eine Einzelperson (und was gem. § 77 selbstverständlich ist, auch deren Deszendenz), letzterenfalls aber die Familie d. h. die Deszendenz einer Person berufen werden kann?

Ob deren Stammvater nicht berufen werden will oder nicht mehr berufen werden kann, da er nicht mehr am Leben ist, dürfte einen inneren Unterschied kaum begründen, es wird eben die Deszendenz eines bestimmten Familienhauptes berufen.

Die Aufstellung, daß der Stammvater einer berufenen Familie stets mitberufen sein müsse, wie sie in Bd. 6 S. 234 und wenn auch mit geringerem Nachdruck in Bd. 13 S. 474 vertreten wird, kann mit Rücksicht auf die vom Gesetz selbst gemachte Unterscheidung der Berufung von Einzelpersonen (und deren Deszendenz) und von Familien nicht gehalten werden, zumal beide Entscheidungen Familie lediglich als die Deszendenz des Stifters oder des Dritten definieren.

Auf dieser Grundlage erledigt sich ein Fall, wie er in dem von Dr. v. Schmitt aufgeführten Beispiel sich ergibt, ohne jede Schwierigkeit für

die Vertreter des engeren oder des weiteren Familienbegriffes:

Wenn ein mit sieben Söhnen gesegneter Stifter ein Fideikommiß zugunsten seiner Familie errichten will, muß er nach der Ansicht des Obersten Landesgerichts sich selbst zum ersten Inhaber einsetzen, denn nur dann kann sich das Fideikommiß auf seine sieben Söhne und deren Deszendenz vererben. Unterläßt er dies und beruft er unter Ausschluß seiner Person nur seine Söhne, verringert er also von vornherein die Reihe der Fideikommißinhaber um eine Person — und um die ganze „andere" Familie mit deren ganzer Deszendentenreihe —, so ist der oberste Gerichtshof der Ansicht, daß der Stifter damit eine ungesetzliche Erweiterung der Fideikommißanwärter um fünf Familien und deren ganzer Geschlechtsfolge anstrebe und verbietet ihm das; denn es ist gem. § 84 nur ein einmaliger Familienwechsel statthaft und Familie ist nach seiner nunmehrigen Ansicht die Deszendenz einer bestimmten zur Fideikommißfolge berufenen Person.

Daß dieses Ergebnis einem geordneten Rechtsempfinden nicht entspricht, darüber besteht kein Zweifel.

Die Rechtfertigung, welche v. Grafenstein diesem „betrüblichen Ergebnis" erteilt, daß eben der Stifter sich der strengen Auffassung des Gesetzes fügen und gegebenenfalls das Bedauerliche dieser Gesetzeshärte in Kauf nehmen müsse, ist eine unbefriedigende Resignation, der man sich nicht hinzugeben braucht.

Es ist, wie schon dargetan, nicht wahr, daß dann wenn eine bestimmte Familie berufen wird, auch gleichzeitig deren Familienhaupt mitberufen sein müsse. Läßt man diese — nach dem Gesetz ganz unbegründete — Voraussetzung fallen, so bleibt das Ergebnis ganz das gleiche, ob das Familienhaupt berufen ist oder nicht: es ist die gesamte Deszendenz — in dem gegebenen Beispiel alle sieben Söhne und deren Deszendenz — als eine Familie berufen.

In kurzer Zusammenfassung ist das gesamte Ergebnis sohin folgendes:

In § 84 FE. ist der einmalige Wechsel des Fideikommisses von einer Familie auf eine derselben stammfremde Familie geregelt.

Gemäß § 1 FE. ist sowohl die Berufung einzelner Personen einschließlich deren Deszendenz wie auch die Berufung ganzer Familien gestattet. Bei Berufung einer Familie ist deren Familienhaupt nicht mitberufen.

Das Gesetz gestattet in § 77 unter Uebernahme der aus dem Majoratsedikt überkommenen Praxis innerhalb der Gesamtfamilie mit gleichem Namen, Schild und Wappen auch die Berufung von Agnaten der Aszendenz.

Die Berechnung des pfändbaren Gehaltes oder Lohnes (§ 850 ZPO., §§ 1, 3, 4 LohnBG.).

Von Amtsrichter Dr. Hermann Stepp in Nürnberg.

Wegen einer Unterhaltsforderung von 120 *M* war die dem Schuldner, einem Hilfspostschaffner, gegen den bayerischen Fiskus, vertreten durch die Oberpostdirektion, zustehende Lohnforderung von täglich 3 *M* oder monatlich 90 *M* insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen worden, als sie den Betrag von monatlich 70 *M* überstieg. Dieser Betrag sollte dem Schuldner zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts nach § 4a LohnBG. belassen werden. Die Oberpostdirektion zahlte jedoch den die Summe von 70 *M* übersteigenden Betrag an den Gläubiger nicht ganz aus, sondern zog hiervon die Beiträge zur Arbeiterpensions- und Postkrankenkasse ab, die sie für den Schuldner als dessen Arbeitgeber bis zum Zahltag entrichtet hatte, nämlich $4 \times 0{,}76\,M = 3{,}04\,M$. Der Gläubiger erhielt also nur 16,96 *M*.

Es fragt sich, ob dieser Abzug gerechtfertigt ist. Die Oberpostdirektion stützt ihre Berechnung auf eine Entschließung des Staatsministeriums für Verkehrsangelegenheiten vom 29. Juli 1913, die zur Erzielung einer einheitlichen Berechnung des pfändbaren Lohnes durch die Oberpostdirektionen anordnet, „daß bei allen neu anfallenden Pfändungen — vorbehaltlich der etwa von Fall zu Fall ergehenden gegenteiligen Entscheidungen der Gerichte — die Beiträge zur Postkrankenkasse (PKK.) und Arbeiterpensionskasse (APK.) abzuziehen sind, so daß nur der nach Abzug dieser Beiträge verbleibende Rest als allenfalls pfändbarer Lohn in Betracht kommt. In gleicher Weise sind Steuern- und Umlagenbeträge sowie die Beiträge zum Allgemeinen Staatsdienerunterstützungsverein und zu der hiermit verbundenen Töchterkasse zu behandeln."

Der Inhalt dieser Anordnung gibt zu folgenden rechtlichen Bedenken Anlaß:

Vergütung i. S. § 3 LohnBG. ist die von dem Dienstberechtigten (Arbeitgeber) an den Dienstverpflichteten (Arbeitnehmer) zu entrichtende Gegenleistung für die vertragsmäßig zu leistenden Arbeiten oder Dienste, kurz der Arbeitserfolg des Dienstverpflichteten (vgl. Meyer, Das Recht der Beschlagnahme Bem. I § 3). Damit ergibt sich die notwendige Begrenzung nach oben und unten von selbst. Nur die Gegenleistung für die Arbeit genießt den Schutz des Lohnbeschlagnahmegesetzes, nicht also z. B. Forderungen des Arbeiters auf Ersatz von Stoffen und anderen Auslagen; auf der anderen Seite fallen aber unter den Begriff der Vergütung alle Bezüge, die dem Arbeiter aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis zukommen.

Möglicherweise erhält nun aber der Arbeitnehmer die ihm an und für sich zustehende Vergütung nicht ganz ausbezahlt, sondern muß sich Ab-

züge gefallen lassen, zu denen der Arbeitgeber berechtigt ist. Dies ist der Fall bei Arbeitern, welche nach der Reichsversicherungsordnung und nach dem Versicherungsgesetz für Angestellte versicherungspflichtig sind. Nach §§ 394, 381, 1432 RVO. müssen sich die Versicherungspflichtigen bei der Lohnzahlung den vom Arbeitgeber geleisteten Betrag für die Krankenversicherung zu ²/₃ und für die Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung zur Hälfte abziehen lassen. Für die Angestelltenversicherung enthält § 178 AVG. vom 20. Dezember 1911 die dem § 1432 RVO. genau entsprechende Bestimmung. Ein versicherungspflichtiger Arbeiter erhält also seinen ziffermäßigen Lohn tatsächlich nie ganz ausbezahlt, sondern stets unter Abzug der ihm zur Last fallenden Beiträge zur Krankenversicherung, zur Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung sowie zur Angestelltenversicherung. Diese Tatsache ist aber auf die Berechnung der Höhe der Vergütung an sich rechtlich ohne Einfluß, und es wäre verfehlt, bei Lohnpfändungen als Vergütung i. S. der §§ 1 und 3 LohnBG. nur den Betrag anzusehen, der dem Arbeiter nach Abzug der Versicherungsbeiträge verbleibt. Nach dem Gesetze sind die Krankenversicherungsbeiträge zu ²/₃ vom Versicherungspflichtigen, zu ¹/₃ vom Arbeitgeber, die Invaliden- und Hinterbliebenenversicherungsbeiträge sowie die Beiträge zur Angestelltenversicherung von beiden je zur Hälfte endgültig aufzubringen (§§ 381, 1387 Abs. II RVO., § 170 Abs. II AVG.), und nur zum Zwecke der Vereinfachung der Geschäftsbehandlung ist angeordnet, daß den Krankenkassen und den Versicherungsanstalten gegenüber von den Arbeitgebern die Beiträge ganz zu entrichten sind (§§ 393, 1426 RVO., § 176 AVG.), während es ihnen überlassen bleibt, die den Arbeitnehmer treffenden Beitragsteile bei der Lohnzahlung abzuziehen. Sind aber die Versicherten berufen, auch ihrerseits zu einem bestimmten Teilbetrag an der Aufbringung der Mittel für die Versicherung teilzunehmen, so haben sie diese Beträge aus ihrem Einkommen zu leisten, also aus dem Lohn, der Vergütung für geleistete Arbeiten. Hieraus folgt aber, daß gerade der ziffermäßige Lohn, die von dem Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber vereinbarte oder mangels einer Vereinbarung die ortsübliche Höhe des Lohnes seine Vergütung i. S. des LohnBG. darstellt, nicht dagegen der ihm nach Abzug seiner Versicherungsbeiträge tatsächlich ausgezahlte Restbetrag. Auch Meyer (Recht der Beschlagnahme) betont in Bem. II, B 1 zu § 4 Nr. 4 ausdrücklich, daß bei der Ermittlung des pfändbaren Teils der Vergütung Beiträge für Alters-, Unfall-, Kranken- und Pensionsversicherung u. a. von der Vergütung nicht abgezogen werden dürfen.

Alles dies trifft aber auch auf Hilfspostschaffner und ihre Beiträge zur PKK. sowie zur APK. zu. Die Hilfspostschaffner fallen, was Kranken- und Invalidenversicherung usw. betrifft, unter die RVO.; die Betriebskrankenkasse der Kgl. bayer. Post- und Telegraphenverwaltung, kurzweg Postkrankenkasse genannt, ist eine Betriebskrankenkasse i. S. der §§ 245, 246 RVO.; die Arbeiterpensionskasse ist durch Beschluß des Bundesrats vom 21. März 1912 auf Grund ihrer neuen Satzung als Sonderanstalt i. S. der §§ 1360—1380 RVO. zugelassen worden und ist als solche[1] „zur Gewährung von Invaliden- und Altersrenten sowie Renten, Witwengeld und Waisenaussteuer für Hinterbliebene nach Maßgabe der RVO. vom 19. Juli 1911 bestimmt und hat für ihre Mitglieder alle Aufgaben einer Versicherungsanstalt i. S. dieses Gesetzes zu erfüllen" (vgl. § 1 Nr. 2 der Statuten vom 19./21. Dezember 1911). Die Abzüge, welche die Oberpostdirektion bei der Lohnzahlung auf Grund der von ihr für den Posthilfsschaffner geleisteten Beiträge zu diesen Kassen macht, sind daher genau so zu beurteilen wie die von einem gewöhnlichen Arbeitgeber einem Arbeiter gegenüber vorgenommenen Abzüge, d. h. sie haben mit der Berechnung der Höhe der Vergütung nicht das mindeste zu tun.

Auch die in der erwähnten Entschließung des Verkehrsministeriums angeführte Entscheidung des RG. (JW. 1884 S. 227) kann die in der Entschließung vertretene Ansicht nicht rechtfertigen. Die Entscheidung behandelt den Fall eines Vorwegabzugs von Witwen- und Waisengeldbeiträgen[2] und billigt deren Vorwegabzug im Falle einer Pfändung des Gehaltes mit der Begründung, daß wegen ihrer engen Beziehung zum Diensteinkommen, ihrer Entrichtung aus dem Gehalt, ihrer Bemessung nach seinem Betrag, ihrer Erhebung durch Einbehaltung des entsprechenden Gehaltsteiles „das Gehalt mit den Witwen- und Waisengeldbeiträgen dergestalt belastet sei, daß der Beamte das Gehalt erst nach Abzug derselben für sich beanspruchen und darum auch nur in demselben Umfang die Verwendung für seine Gläubiger nach Maßgabe des § 749 (jetzt 850) ZPO. verlangen könne".

Die Heranziehung dieser Entscheidung ist m. E. verfehlt. Die rechtliche Natur der Witwen- und Waisengeldbeiträge der preußischen Staatsbeamten ist völlig wesensverschieden von der Beitragspflicht auf Grund der reichsgesetzlichen Kranken-, Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung. Hier gewähren die Krankenkassen oder Versicherungsanstalten die Unterstützungen, an diese Kassen und Anstalten sind die Beiträge zu leisten und der Arbeitgeber hält sich wegen der von ihm für den Arbeitnehmer an diese Träger der Versicherung vorgeschossenen Beiträge an den Lohn des Arbeiters. Dort gewährt der Arbeitgeber (Staat) selbst die Unter-

[1] genauer: nur Abteilung A dieser Kasse. Die Unterscheidung in Abteilung A und B interessiert jedoch hier nicht näher.

[2] Bezug genommen ist auf ein Gesetz vom 20. Mai 1882, vermutlich das preuß. Ges. betr. die Fürsorge für die Witwen und Waisen der unmittelbaren Staatsbeamten (Preuß. Ges.-Sammlung S. 298).

stützungen und kürzt das Gehalt des Angestellten (Staatsbeamten) um die zur Aufbringung der Mittel zu zahlenden Beiträge. Aber auch abgesehen hiervon wäre äußerst fraglich, ob bei Berechnung des pfändbaren Gehaltes die Witwen- und Waisengeldbeiträge nach dem Gesetz vom 20. Mai 1882 vorweg abzuziehen wären. Ich möchte diese Frage verneinen aus folgenden Gründen: Das Gesetz vom 20. Mai 1882 ist dem Reichsgesetz betr. die Fürsorge für Witwen und Waisen der Reichsbeamten der Zivilverwaltung vom 20. April 1881 (RGBl. S. 85) nachgebildet und zwar unter fast durchweg wortgetreuer Wiedergabe seines Gesetzestextes und seiner Paragrapheneinteilung. Während nun aber der § 4 Abs. II RG. vom 20. Mai 1881 ausdrücklich bestimmt, daß der einzubehaltende Teil des Diensteinkommens, d. h. die durch Einbehaltung zu erhebenden Witwen- und Waisengeldbeiträge weder der Pfändung unterworfen noch bei der Ermittlung, ob und zu welchem Betrage die Bezüge der Pfändung unterliegen, zu berechnen sind, ist trotz der wörtlichen Anlehnung an den übrigen Gesetzestext gerade diese Bestimmung in das Gesetz vom 20. Mai 1882 nicht mit übernommen worden. Die preußischen Witwen- und Waisengeldbeiträge sind also bei Ermittlung der pfändbaren Vergütung gerade nicht abzuziehen, sondern mitzurechnen, d. h. es wird der unverkürzte Gehalt der Berechnung zugrunde gelegt.

Nach alledem hat die Verpflichtung des Schuldners zur Bezahlung von Versicherungsbeiträgen auf Grund der RVO. keinerlei Einfluß auf die Berechnung der Höhe der Vergütung im Falle einer Pfändung.

Eine andere Frage, die aber gleichfalls mit der Berechnung der Höhe der Vergütung nichts zu tun hat, ist die, inwieweit der Arbeitgeber gegen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers auch nach der Pfändung dieses Anspruchs mit den von ihm für den Versicherten bezahlten Versicherungsbeiträgen aufrechnen darf. Diese Frage beantwortet § 392 BGB., wonach die Aufrechnung nach der Zustellung des Pfändungsbeschlusses nur in 2 Fällen ausgeschlossen ist, nämlich wenn der Drittschuldner seine Forderung erst nach der Zustellung des Pfändungsbeschlusses erworben hat und ferner in dem Falle, wenn der Drittschuldner die Forderung zwar vor der Beschlagnahme erworben hat, seine Forderung aber erst nach der Zustellung des Beschlagnahmebeschlusses und später als die beschlagnahmte Gegenforderung seines Gläubigers fällig geworden ist. Der Arbeitgeber erwirbt seine Forderung gegen den Arbeitnehmer auf Ersatz der Versicherungsbeiträge mit der Zahlung, bei der Invalidenversicherung mit dem der Zahlung gleichwertigen Vorgange des Markenklebens. Die Forderung wird fällig gleichzeitig mit der Lohnforderung des Arbeitnehmers. Hiernach kommt stets nur der erste Fall des § 392 BGB. in Frage, und der Arbeitgeber kann nach der Zustellung eines Beschlusses über die Pfändung der Lohnforderung seines Arbeitnehmers gegenüber der ganzen Lohnforderung nur die Versicherungsbeiträge aufrechnen, die er für den Arbeitnehmer vor der Pfändung entrichtet hat, oder mit anderen Worten: er kann diese Versicherungsbeiträge nur bei der erstmaligen Abführung des gepfändeten Gehaltsteils des Schuldners an den Pfändungsgläubiger vom ganzen Lohne vorweg abziehen.

Im Ergebnis war also der von der Oberpostdirektion gemachte Abzug von 3,04 *M* in dem eingangs erwähnten Falle gerechtfertigt, wenn auch auf Grund ganz anderer Erwägungen als derjenigen, die für die Oberpostdirektion maßgebend waren. Bei weiteren Zahlungen an den Pfandgläubiger darf jedoch ein Abzug von Versicherungsbeiträgen zu dessen Nachteil nicht mehr erfolgen, da hier die Anwendung des § 392 BGB. versagt. Insofern ist also die Feststellung der richtigen rechtlichen Grundlage von ausschlaggebender Bedeutung.

Für den Vorwegabzug von Steuern und Umlagen, wie ihn die Ministerialentschließung anordnet, fehlt gleichfalls jede rechtliche Grundlage, um so mehr als die Pflicht zur Tragung dieser Lasten durch den Postbediensteten mit seiner Eigenschaft als Staatsdiener gar nichts zu tun hat. Unzulässig ist endlich auch die Abrechnung der Beiträge zum allgemeinen Staatsdienerunterstützungsverein und der hiermit verbundenen Töchterkasse. Die Erhebung der Beiträge für diese Vereine durch Einbehaltung des entsprechenden Gehaltsteils geschieht auf Grund Statuts. Die einbehaltenen Beträge fließen nicht in die Staats-, sondern in die Vereinskasse. Die Vereinsmitglieder erhalten demnach keinen niedrigeren Gehalt, nur wird ein Teil sofort der Vereinskasse zugeführt. Ein gesetzlicher Zwang liegt also nur in der Mitgliedschaft, nicht dagegen in der Art der Beitragsentrichtung, die das Vereinsstatut und nicht das Gesetz bestimmt.

Kleine Mitteilungen.

Zwischenstreit über den Vollzug der Wandlung. Es soll folgender Fall besprochen werden: In einem Wandlungsprozesse läßt nach der Beweiserhebung über den Gewährschaftsmangel der Beklagte B. beim Kläger A. das getauschte Pferd abholen; A. gibt es zurück, verweigert aber die Annahme seines mitgebrachten beim Tauschhandel hingegebenen Pferdes, weil es in der Zwischenzeit durch Verschulden des B. oder seines Nachmannes verschlechtert worden sei. Er verlangt Ersatz des Wertes zur Zeit des ersten Wandlungsbegehrens statt des Pferdes oder neben der Zurückgabe Entschädigung für die Wertsminderung. Bei dem nächsten auf Antrag des Klägers anberaumten weiteren Verhandlungstermin wird nun gemäß § 280 ZPO. die Verhandlung in demselben Verfahren fortgesetzt. Der Kläger A. stellt Inzidentantrag, den Beklagten B. für

schuldig zu erklären, das A.sche Pferd in dem Zustande zur Zeit des ersten Wandlungsbegehrens zurückzugeben, im Unvermögensfalle aber den Wert, den es damals hatte, zu ersetzen oder auf das im verschlechterten Zustande zurückgehende Pferd einen bestimmten Betrag als Entschädigung für Wertsminderung aufzuzahlen und die sämtlichen Kosten zu tragen.

Der Beklagte B. kann nicht einwenden, daß eine unzulässige Klagänderung vorliege; es liegt vielmehr eine nach § 280 ZPO. zulässige Erweiterung der Klage im weiteren Sinne vor, die im Wege der Inzident- oder Zwischenfeststellungs-Klage auszutragen ist, wenn der Beklagte bestreitet. Gaupp-Stein nennt diese Inzidentklage im Kommentar V. Aufl. zu § 280 unter I Abs. 2 S. 610 eine nachträgliche Klagenhäufung, welche den Vorschriften des § 253 über die Form der Klageerhebung nicht unterliegt und deshalb vom Gesetze (in § 280, wenn auch in anderem Sinne als in § 268) als Erweiterung der Klage bezeichnet wird, weil sie erst durch das Verhalten des Beklagten B. im Prozeß veranlaßt wird.

Der mit der Wandlungsklage verklagte Tausch-Gegner muß das eingetauschte Pferd im Zustande des ersten Wandlungsbegehrens Zug um Zug mit der Rücknahme seines in Tausch gegebenen Pferdes zurückgeben. Diese Verpflichtung des Tausch-Gegners ist mit der Wandlungsklage geltend gemacht. Holt er im Prozesse zwar das in Tausch gegebene Pferd beim Kläger A. zurück, verweigert dieser aber die Rücknahme des von ihm hingegebenen Pferdes wegen inzwischen eingetretener Verschlechterung durch Verschulden des Beklagten B. oder (bei Weiterveräußerung) seines Nachmannes (vgl. § 278 BGB.), so ist der im Streite befangene Anspruch nur zu einem Teile erfüllt (Rücknahme des Pferdes durch B.), nicht aber bezüglich des anderen Teiles (Rückgabe des Tauschpferdes des A. im gehörigen Zustande). Dieser Streitpunkt hat sich erst im Prozesse beim Vollzug der Wandlung herausgebildet. Er ist ein Inzidentstreit geworden, über den im Endurteil zu entscheiden ist. Die Entscheidung hängt davon ab, ob sich der Wert der Tauschgegenleistung seit dem Vollzuge des Tausches durch Verschulden des Beklagten gemindert hat. Die Entscheidung über den im Prozeß durch das Verhalten des Beklagten hervorgetretenen Streitpunkt bestimmt den Ausgang des Rechtsstreits; deshalb muß über den Zwischenstreit in demselben Prozesse und mit dem ihn erledigenden Endurteil entschieden werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn mit der Wandlungsklage nicht nur auf Einwilligung in die Wandlung (oder vielmehr auf Wandlungsausspruch) geklagt worden ist, sondern gleichzeitig auch auf Vollzug der Wandlung durch Zurücknahme und gleichzeitige Zurückgabe.

Die Gewährschaftsklage ist nach den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 58 S. 425 und Bd. 66 S. 75 mit dreifachem Antrage zulässig. Der Antrag kann lauten allein auf Einwilligung in die Wandlung oder auch zugleich auf Rückgängigmachung der beiderseitigen Leistungen oder auch auf letztere allein. Zufolge der vom Reichsgericht für den Wandlungsanspruch festgehaltenen „Wiederherstellungslehre“ (RGRKomm. zu § 465 BGB. Anm. 1) wird bei Geltendmachung des Wandlungsanspruchs immer auch die Rückgängigmachung der Leistungen betrieben. Es ist daher die Rückgängigmachung der Leistungen begrifflich schon in den Streit miteinbezogen worden, wenn die Wandlungsklage nur den zuerst genannten einfachen Wandlungsantrag enthält. Deshalb ist in dem hier zu entscheidenden Streitfalle die Fortsetzung desselben Streitverfahrens bezüglich des hervorgetretenen Zwischenstreites nicht nur zulässig, sondern auch notwendig.

Diese Notwendigkeit ergibt sich auch aus § 767 Abs. 2 ZPO. Würde der im Prozeß hervorgetretene Streit über die Rückleistung der Tauschgegengabe aus dem Verfahren auf die Wandlungsklage ausgewiesen und auf eine zweite selbständige Klage verwiesen, so wäre der § 767 ZPO. nicht zu umgehen. Die zweite Klage würde immer die Einwendung bringen, es sei noch nicht vollständig gewandelt, die Wandlung sei nicht beiderseits durch Rückleistung vollzogen. Eine solche Einwendung kann zwar nur in einer neuen selbständigen Klage erhoben werden, wenn der Beklagte erst nach der Beendigung der Wandlungsklage die zur Annahme nicht verpflichtende Rückleistung angeboten oder gemacht hat; ist dieser Streitpunkt aber schon vor dem Schlusse der mündlichen Verhandluug entstanden, in der Einwendungen nach der ZPO. spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, so ist der Weg der zweiten Klage nach § 767 ZPO. verschlossen. Die Einwendung gegen die während des Prozesses vom Beklagten versuchte Art der Rückleistung (oder auch das Fehlen der ganzen Rückleistung) muß als Zwischenstreit im noch anhängigen Wandlungsprozesse vor dem Schlusse der letzten Verhandlung geltend gemacht, in diesem Prozesse mitausgetragen und mit demselben Endurteil erledigt werden.

Diese Notwendigkeit ergibt sich nicht nur aus § 280 und § 767 ZPO., sondern wird sich zumeist auch aufdrängen durch die auf §§ 477 und 487 BGB. gestützte sachliche Begründung des Ersatz- oder Entschädigungsanspruchs. Dieser verjährt in sechs Monaten von der Uebergabe des Tieres an. In sehr vielen Fällen würde wohl kaum mehr die Zeit reichen, um eine selbständige Entschädigungsklage zu stellen, wenn im anhängigen Wandlungsprozeß das Beweisverfahren über den Gewährschaftsfehler durchgeführt werden müßte und erst infolge dieses Ergebnisses die Rückleistung vollzogen würde.

Geh. Justizrat Hofrat Dr. Full, Rechtsanwalt in Würzburg.

Die Wiederaufnahme des Strafbefehlsverfahrens.[1]) In einem Strafbefehle des Amtsgerichts München wurden gegen einen jungen, noch unbestraften, geistig nicht sehr regen, auf den Allerweltsnamen Maier hörenden Arbeiter wegen zweier Uebertretungen, deren er sich am 17. Februar 1914 im Stadtinnern schuldig gemacht haben sollte, Geldstrafen und für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit Haftstrafen festgesetzt. Dieser Strafbefehl wurde dem Beschuldigten durch ordnungsmäßige Ersatzzustellung übermittelt. Einspruch wurde nicht erhoben. Die festgesetzten Geldstrafen wurden darauf sofort für uneinbringlich erklärt und der Beschuldigte deshalb zum Antritte der Ersatzstrafen vorgeladen.

Zwei Tage nachher erklärte er zu Protokoll des Gerichtsschreibers, daß er der gesuchte Täter nicht sei, weil er am 17. Februar 1914 seine an der Stadtgrenze liegende Arbeitsstelle überhaupt nicht verlassen habe; er legte eine Bestätigung seines Arbeitgebers hierüber vor und bat um gnadenweisen Erlaß der gegen ihn

[1]) Siehe auch diese Zeitschrift 1912 S. 353 und 1913 S. 420.



festgesetzten Strafen. Die Frage, ob er den Strafbefehl nicht vor Ablauf der Frist zur Einspruchserhebung bekommen habe, bejahte der Beschuldigte; dem Vorhalte, daß er dann doch rechtzeitig Einspruch hätte einlegen können, begegnete er mit der Antwort, „er habe nichts gemacht, deshalb werde ihm auch bei dem Gerichte nichts passieren".

Seine Bestreitung erwies sich als richtig. Der wirkliche Täter hatte dem die Uebertretungen beanstandenden Schutzmanne zwar seinen richtigen Vor- und Zunamen angegeben, der mit dem des Beschuldigten übereinstimmte, hatte sich aber auf eine falsche Heimat berufen, die zufällig die des Beschuldigten war. Auf Grund dieser unzureichenden Angaben hatte der Schutzmann dann im Einwohneramte die übrigen persönlichen Verhältnisse des Täters ermittelt; so war er irriger Weise auf die Person des Beschuldigten verfallen, ohne dem Gericht über diese Art der Feststellung zu berichten.

Der Amtsrichter ließ den Beschuldigten erklären, daß er sein Begnadigungsgesuch als Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens behandelt haben wolle. Der Amtsanwalt hielt die verlangte Wiederaufnahme überhaupt für unzulässig.

Der Amtsrichter erklärte aber die Wiederaufnahme des durch den unanfechtbar gewordenen Strafbefehl geschlossenen Verfahrens für zulässig und ordnete deshalb die Hauptverhandlung hierüber an. Die Wiederaufnahme finde zwar — so führte er in den Gründen aus — nach dem Wortlaute des § 399 StPO. bei Verfahren statt, die durch rechtskräftiges Urteil geschlossen worden seien; die Motive zum Entwurfe der noch geltenden Strafprozeßordnung hätten noch ausdrücklich hervorgehoben, daß es gegen amtsgerichtliche Strafbefehle keine Wiederaufnahme des Verfahrens gebe; auch nach dem Entwurfe zur neuen Strafprozeßordnung sollten jene Verfahren wieder aufgenommen werden können, die durch ein rechtskräftiges Urteil geschlossen worden seien; die Wiederaufnahme bezwecke auch regelmäßig die Erneuerung einer im Strafbefehlsverfahren gar nicht üblichen Hauptverhandlung. Alle diese Erwägungen sprächen zwar gegen die Zulässigkeit der Wiederaufnahme eines Strafbefehlsverfahrens. Aber in keiner bestehenden oder geplanten gesetzlichen Vorschrift sei das ausdrückliche Verbot einer solchen Wiederaufnahme enthalten; auch die Begründung zum Entwurfe der neuen Strafprozeßordnung spreche sich nicht mehr ausdrücklich gegen die Zulässigkeit der Wiederaufnahme eines Strafbefehlsverfahrens aus; der unangefochten gebliebene Strafbefehl werde auch im Strafvollstreckungsverfahren einem rechtskräftigen Urteile gleichgeachtet; endlich bestehe bei dem bloß summarischen Strafbefehlsverfahren mehr als sonst das Bedürfnis, die zu Unrecht verhängten Strafen wieder im Rechts- nicht im Begnadigungswege zu beseitigen. Deshalb müsse die Wiederaufnahme auch bei Strafbefehlsverfahren zulässig sein.

Der Amtsanwalt legte gegen den Beschluß die sofortige Beschwerde wegen der grundsätzlichen Unzulässigkeit solcher Wiederaufnahmeverfahren ein.

Auch der Staatsanwalt wies bei der Begutachtung der Beschwerde zwar noch auf die formalistischen Bedenken gegen den Standpunkt des Amtsrichters hin, hielt aber dessen Stellungnahme für im Interesse der Sache höchst begrüßenswert.

Die I. Strafkammer des Landgerichts München I verwarf die Beschwerde als unbegründet. Sie billigte — und zwar ohne jede Einschränkung — ausdrücklich die Rechtsauffassung, daß auch gegen rechtskräftige Strafbefehle das Wiederaufnahmeverfahren zulässig sei. Denn der Geist des Gesetzes, Gründe der Zweckmäßigkeit und der Umstand, daß ausdrückliche gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstünden, ließen die ausdehnende Auslegung des § 399 StPO. aus den vom Amtsrichter angeführten zutreffenden Gründen gerechtfertigt erscheinen, zumal, da man so allein zu einem praktisch befriedigenden Ergebnis kommen könne.

Gewiß bleibt gegen den Antragsteller der Vorwurf bestehen, daß er die Gelegenheit zur Einspruchserhebung bewußt unbenutzt ließ. Da aber seine Verdächtigung ganz ohne sein Zutun, ja sogar ohne sein Wissen erfolgte und vieles seiner jugendlichen Unerfahrenheit, seiner Unbeholfenheit und nicht zuletzt seinem Vertrauen auf die nicht versagende Hilfe des Gerichts zugutegerechnet werden muß, werden auch die von „einer sträflichen Gleichgültigkeit des Beschuldigten" sprechenden Bedenken gegen die zwei aus der Enge ins Weite strebenden gerichtlichen Entscheidungen verstummen können.

Amtsrichter Hahmann in München.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Verpfändung einer Hypothek; Forderung von Hypothekzinsen durch den Pfandgläubiger; Einwendungen gegenüber seiner dinglichen und seiner persönlichen Klage (§§ 404, 405, 407, 1275 1138, 1289 BGB). Aus den Gründen: Die Klägerin verlangt mit der persönlichen und der dinglichen Klage Zinsen einer ihr verpfändeten und später an sie abgetretenen Hypothek von dem Grundstückseigentümer, der sie dem Verpfänder P. bestellt hat. Sie hat die Klage ursprünglich auf die Abtretung, später nur auf die Verpfändung gestützt. Da sie nach der Verpfändungsurkunde zur Einziehung der übrigens mitverpfändeten Zinsen berechtigt ist, so ist damit ihre Klagebefugnis an sich gegeben. Der Beklagte hat drei sich auf § 404 BGB. stützende Einreden erhoben, nämlich, die verpfändete Forderung habe nur in bestimmter, erheblich geringerer Höhe bestanden, er habe mit P. vereinbart, daß er Zinsen nicht zu zahlen brauche, und daß P. die Hypothek nicht verpfänden, nicht über sie verfügen dürfe; die Hypothek sei nur bestellt worden für Verbindlichkeiten aus von P. ausgestellten und vom Beklagten akzeptierten Wechseln. Die Klägerin hat sich dagegen auf § 405 BGB. berufen, da die Hypothekenurkunde bei der Verpfändung übergeben worden ist, und ferner den guten Glauben des § 892 BGB. für sich beansprucht. Gemäß § 1274 BGB. wird ein Pfandrecht an einem Rechte — dieser Fall liegt vor — nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften bestellt, und, da Gegenstand des Pfandrechtes ein Recht ist, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, so finden nach § 1275 BGB. auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften entsprechende Anwendung, die im Falle der Uebertragung des Rechtes für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, wovon besonders die §§ 404—409 BGB. in Betracht kommen. Der Pfandgläubiger kann sich daher auf seinen guten Glauben nur soweit be-

rufen, als dies für den neuen Gläubiger bei der Abtretung zugelassen ist. Dies gilt nach § 1138 BGB. für die Hypothek auch bezüglich der Forderung, bezieht sich jedoch nur auf den dinglichen Anspruch. Dem persönlichen Anspruch gegenüber muß sich der Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen lassen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (Warneyer Erg.-Bd. 1909 Nr. 24). Wie sich aus §§ 1274, 1275 BGB. ergibt, ist der Begriff Abtretung, soweit die sie behandelnden Bestimmungen entsprechend anzuwenden sind, in dem weiteren Sinne zu verstehen, daß er den Fall der Verpfändung mitumfaßt, was insbesondere für die hier in Betracht kommenden §§ 404, 405 BGB. gilt. Da für die persönliche Schuldklage, wie sich aus § 1138 BGB. ergibt, teilweise andere Grundsätze gelten als für die dingliche Klage, so kann sich bei einer Verbindung beider das Ergebnis verschieden gestalten (Bd. 49 S. 367). Dies wird vom BG. auch nicht verkannt, denn es billigt dem Beklagten, soweit er persönlich in Anspruch genommen wird, an sich den Schutz des § 404 BGB. zu; da aber die Verpfändung unter Uebergabe der Schuldurkunde erfolgt sei, so könne er sich hierauf nach § 405 BGB. nur insoweit berufen, als die Klägerin den Sachverhalt gekannt habe oder kennen habe müssen, eine Voraussetzung, die, wie es feststellt, nicht erwiesen ist. Bei der Einrede, daß P. die Hypothek nicht habe verpfänden dürfen, ist diese Annahme des OLG. wie sich aus dem Wortlaute des § 405 BGB. ergibt, unbedenklich zutreffend. Bei den beiden anderen Einreden, von denen das Urteil die Einrede, Zinsen sollten nicht gezahlt werden, an dieser Stelle nicht ausdrücklich erwähnt, kann das Urteil nur den anderen Fall des § 405 BGB. im Auge gehabt haben, wonach der Schuldner dem neuen Gläubiger, hier dem Pfandgläubiger gegenüber sich nicht darauf berufen darf, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt sei; zwar hat der Beklagte die Einrede des Scheingeschäftes nicht ausdrücklich erhoben, aber das BG. hat offenbar geglaubt, die erhobenen mehrerwähnten Einreden in diesem Sinne würdigen zu sollen. Diese Art der Würdigung bemängelt die Revision zu Unrecht. Daß ein Schuldverhältnis nur zum Schein eingegangen oder anerkannt worden ist, ist dann anzunehmen, wenn beide Teile bei Abgabe der Erklärung darüber einverstanden sind, daß das Erklärte nicht gewollt, der Schein ausdrücklich oder stillschweigend verabredet ist. Mag solches auch regelmäßig in der Absicht geschehen, einen Dritten zu täuschen, so gehört diese Absicht doch nicht zur Begriffsbestimmung des Scheingeschäfts (Rehbein BGB. Bd. I S. 126 II Nr. 5; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse § 405 Nr. 1a; Endemann, BGB. Bd. I § 73 Nr. 3; Protokolle bei Mugdan Bd. II S. 578; Planck, BGB. § 117 Nr. 1 und 2; Enneccerus, BGB. Bd. I § 156 Nr. 2; Staudinger, BGB. § 117 II 1; Oertmann, BGB. § 117 Nr. 2a; Komm. v. RGR. § 117 Anm. 1; JW. 1910 S. 60 Nr. 3, 1912 S. 239 Nr. 6). Das Einverständnis über die Unwahrheit von in der Erklärung enthaltenen Angaben macht dann allerdings das Geschäft nicht zum Scheingeschäft, wenn gleichwohl die als gewollt bezeichnete Rechtswirkung auch wirklich gewollt wurde (RG. Bd. 6 S. 21; Enneccerus, BGB. Bd. I § 156 Anm. 5). Der Beklagte muß sich bei der Würdigung seiner Einreden an seinen eigenen Behauptungen festhalten lassen. Ist danach als in Wirklichkeit vereinbart anzusehen, daß die Hypothek Sicherheit gewähren sollte für künftige Verbindlichkeiten des Beklagten aus Wechseln, die P. ausstellen und der Beklagte annehmen würde, daß Zinsen nicht gezahlt werden sollten und P. über die Hypothek nicht verfügen dürfe, d. h. daß die Hypothek in Wirklichkeit die rechtliche Eigenart einer Höchstbetragshypothek haben sollte, dann war eben das Anerkenntnis einer von einem bestimmten Tage an fest verzinslichen Darlehensschuld nicht ernstlich gemeint. Das wirklich ernst gemeinte Geschäft, die Bestellung einer Höchstbetragshypothek, ist dann ein sog. dissimuliertes und fällt ebenfalls unter den Begriff des Scheingeschäfts (§ 117 Abs. 2 BGB.). Die Urteile in Entsch. Bd. 74 S. 30 und 184 betreffen andere Tatbestände. Hiernach ist das Ergebnis des BG. nicht zu beanstanden, daß der Beklagte mit seinen ihm an sich aus § 404 BGB. gegenüber der persönlichen Klage zustehenden Einreden mit Rücksicht auf § 405 BGB. nicht gehört werden könne, und daß das Gleiche gelte gegenüber der dinglichen Klage, soweit hier gemäß § 1158 BGB. die Einreden an sich beschränkt zulässig wären. Würde man übrigens den Sachverhalt zugrunde legen, wie ihn die Klägerin behauptet hat, daß die Hypothek bestellt worden sei, damit P. darauf für den Beklagten bei der Städtischen Bank Geld beschaffe, so würde das Ergebnis das gleiche sein. Denn dann läge im wesentlichen der gleiche Tatbestand vor wie beim erwähnten Urteile RGZ. Bd. 60 S. 21 und dann wäre der Beklagte, wie dort zutreffend ausgeführt ist, an seinem Anerkenntnis dem Dritten d. h. hier der Klägerin gegenüber festzuhalten. Trotzdem würde die Verurteilung zur Zahlung der gesamten beanspruchten Zinsen nicht zu billigen sein, wenn das BG. zu Unrecht die Anwendbarkeit des § 1289 BGB. ausgeschlossen hätte. Diesen Ausschluß scheint die Revision bemängeln zu wollen, indessen könnte ihr darin nicht beigetreten werden. Nach § 1289 BGB. finden die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 BGB. entsprechende Anwendung, nur daß an die Stelle der Beschlagnahme die Anzeige des Pfandgläubigers an den Schuldner tritt, daß er von dem Einziehungsrecht Gebrauch mache. Da die Klägerin dem Beklagten eine Anzeige gemäß § 1289 BGB. erst am 9. September 1910 gemacht haben will, würden daher bei entsprechender Anwendung des § 1123 Abs. 2 BGB. die Zinsen frei geworden sein, die ein Jahr vor dieser Anzeige bereits verfallen waren. Allerdings ist die Begründung des Berufungsurteils für die Nichtanwendbarkeit des § 1289 Satz 2 BGB. irrig, die dahin geht, daß die Anzeigepflicht des § 1289 sich nur auf die Fälle beziehe, in denen sich das Pfandrecht kraft Gesetzes auf die Zinsen miterstrecke, während hier die Mitverpfändung der Zinsen erfolgt sei. Wenn das Pfandrecht sich nach § 1289 Satz 1 BGB. schon gesetzlich auf die Zinsen miterstreckt, was allerdings durch Vertrag ausgeschlossen werden kann, so muß es für die Wirkung der Mitverpfändung der Zinsen selbstverständlich völlig gleichgültig sein, ob sie ohne besondere Erklärung kraft Gesetzes als mitverpfändet anzusehen sind oder ob diese Mitverpfändung noch ausdrücklich, überflüssigerweise, vereinbart worden ist. Aber § 1289 Abs. 2 BGB. ist nicht anwendbar und die dort vorgeschriebene Anzeige nicht erforderlich, weil es sich hier um ein Nutzpfandrecht handelt (§§ 1273 Abs. 2; 1213 BGB.), bei dem der Pfandgläubiger ohne weiteres die Zinsen für sich einzieht, wenn auch zur Verrechnung auf seine Forderung. Die Zinsen stehen einem Nutzungspfandgläubiger von vornherein so zu, als wenn sie ihm abgetreten wären, er erwirbt sie zu Eigentum (Wolff in Enneccerus-Kipp-Wolff, BGB. Bd. II Abt. I § 177 III). Es liegt für ihn daher gar keine Veranlassung vor, dem Schuldner anzuzeigen, daß er von dem Einziehungsrecht Gebrauch mache, während ein solcher Anlaß wohl besteht für den Pfandgläubiger, der nicht berechtigt ist, die Nutzungen des Pfandes zu ziehen. Denn dessen Einziehungsrecht ist nicht von vornherein gegeben, sondern unterliegt besonderen Voraussetzungen (§§ 1282, 1228 Abs. 2 BGB.). Man kann auch nicht sagen, daß die Nichtanwendung des § 1289 Satz 2 BGB. für den Schuldner unbillig sei. Denn soweit er in Unkenntnis der Mitverpfändung der Zinsen solche an seinen Gläubiger gezahlt hat, ist er dem sie nochmals fordernden Nutzungspfandgläubiger gegenüber durch § 407 BGB. ausreichend geschützt. (Urt. des V. ZS. vom 13. Mai 1914, V 516 1913).

3445 E.

II.

Ist ein Bankier verpflichtet, seinen Auftraggeber auf die wirtschaftlichen Bedenken aufmerksam zu machen, die gegen die Ausführung des Auftrags sprechen? Aus den Gründen: Die Revision vertritt den Standpunkt, daß die Beklagte den Auftrag des Klägers hätte ablehnen müssen und sich durch die Annahme und Ausführung dem Kläger verantwortlich gemacht habe, da sie die Verhältnisse der Handlung S. & Co. gekannt und gewußt habe, daß die Zahlung des Klägers als Nachschuß für seine Engagements bei dieser dienen sollte. Es ist rechtlich jedoch nicht zutreffend, daß eine Bank, die den Auftrag erhält, eine Geldsumme an einen Dritten abzuführen, schlechthin verpflichtet sei, den Auftraggeber auf wirtschaftliche Bedenken gegen die ihr aufgegebene Zahlung aufmerksam zu machen und den Auftrag nur anzunehmen, wenn trotz der mitgeteilten Bedenken der Auftraggeber bei seinem Auftrage verharre. Eine allgemeine Verpflichtung in dieser Richtung besteht nicht; sie kann nur aus dem besonderen Vertragsverhältnis oder der Geschäftsverbindung entnommen werden, in der die Bank zu dem Auftraggeber steht. Solche besondere Umstände in dem Verhältnisse des Beauftragten zum Auftraggeber liegen hier nicht vor. Der Kläger stand mit der Beklagten vor dem hier fraglichen Doppelgeschäft, das ihn zum Darlehnsschuldner der Beklagten und die Beklagte zu seinem Beauftragten machte, in keiner Geschäftsverbindung; aus dem Darlehensverhältnis ist eine besondere Auskunfts- oder Warnungsverpflichtung, wenn der Kläger eine Auskunft oder einen Rat gar nicht verlangte, nicht zu folgern. Der Auftrag selbst, der lediglich auf eine Zahlung an einen Dritten gerichtet war, bedingt sie ebensowenig. Das gilt an sich auch dann, wenn die Beklagte wußte, daß die an S. & Co. abzuführende Summe als „Nachschuß" für Spekulationsgeschäfte in Wertpapieren dienen sollte, die der Kläger durch S. & Co. machte; auch ein solcher Nachschuß ist nichts als eine gewöhnliche Geldeinzahlung, über die der Zahlungsempfänger frei zu verfügen berechtigt sein soll und ist. Die Revision macht geltend, die Beklagte sei keine Girobank, die Entscheidung des RG. 54, 329 also hier nicht anwendbar; dort ist gesagt, daß der Zweck des Girovertrages nicht darüber hinausgeht, das Zahlungsgeschäft für die Kunden zu erleichtern; aus seinem Wesen ergebe sich also, daß jede Prüfung der Zweckmäßigkeit der Zahlungsüberweisung durch die Bank ausgeschlossen bleiben müsse, da die Girobank Kassenhalterin, nicht Ratgeberin ihrer Kunden sei. Daraus, daß die Beklagte keine Girobank ist, folgt nun aber nicht, daß sie umgekehrt die Zweckmäßigkeit einer ihr aufgetragenen Zahlung zu prüfen verpflichtet wäre. Der Zahlungsauftrag des Klägers ohne Bezugnahme auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältnis, aus dem die Zahlung erfolgen sollte, war einem Giroauftrage immerhin sehr ähnlich, und wenn die Beklagte den Zweck der Zahlung gekannt haben soll, so war dies ein zufälliges Wissen; der Zweck der Zahlung ging sie nichts an; sie hatte nur die Zahlung als solche auszuführen. Nun hatte freilich die Beklagte ein eigenes Interesse an der Zahlung des Klägers, die sie gleichzeitig als Deckung wegen ihrer Forderungen an S. & Co. in Anspruch nehmen wollte; es könnte deshalb vielleicht eine Verletzung von Treu und Glauben im Vertragsverhältnis bei ihr dennoch angenommen werden, wenn sie einmal um den Zweck der Einzahlung wußte und wenn sie zugleich wußte, daß der Zweck durch den schlechten Geschäftsstand von S. & Co. für den Kläger gefährdet war. Dies setzt aber voraus, daß sie von bestimmten Tatsachen unterrichtet war, die ernste Bedenken gegen jede weitere Geschäftsverbindung mit S. & Co. erzeugen mußten und daß sie zugleich Veranlassung hatte anzunehmen, daß diese tatsächlichen Umstände dem Kläger unbekannt waren. Die Kenntnis der Beklagten von dem schlechten Geschäftsstande von S. & Co. verneint indessen das BG. Der Beklagten konnte aber nicht zugemutet werden dem Kläger gegenüber allgemeine, der bestimmten tatsächlichen Unterlage entbehrende Gerüchte über eine Firma auszusprechen, mit der sie selbst in Geschäftsverbindung stand. (Urt. des VI. ZS. vom 22. Juni 1914, V 266/1914). E.

3463

III.

Form eines Vertrags, der die Verpflichtung zur Abnahme von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. enthält. Aus den Gründen: Nach § 15 Abs. 4 GmbHG. bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form — abgesehen von dem in Abs. 3 erwähnten Vertrage, der die Abtretung von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. zum Gegenstande hat — auch eine Vereinbarung, wodurch die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird. Durch den vorliegenden Vertrag, das Angebot der Klägerin und dessen Annahme durch die E.-Gesellschaft, hat die Klägerin sich der E.-Gesellschaft gegenüber verpflichtet, Geschäftsanteile dieser G. m. b. H. von einem gewissen L. zu übernehmen. Ihrem Wortlaute nach trifft allerdings die Vorschrift des § 15 Abs. 4 den vorliegenden Fall nicht. Allein diese Vorschrift ist nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts auch auf solche Verträge zu beziehen, die auf die Verpflichtung zur Abnahme von Geschäftsanteilen gerichtet sind (JW. 1903 11, 28; RG. 57, 60; JW. 1905 92, 43; 1909 431, 39; Warn. 10, 217). Diese ausdehnende Auslegung der Vorschrift des § 15 Abs. 4 ist geboten mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes, den spekulativen Handel mit Gesellschaftsanteilen zu verhindern, und mit Rücksicht auf den Willen des Gesetzes, einen Wechsel der Gesellschaftsmitglieder nicht zu erleichtern sondern zu erschweren. Eine abweichende Beurteilung kann auch nicht etwa deshalb eintreten, weil es sich nicht um einen Vertrag zwischen der Klägerin und einem Gesellschafter, sondern um einen Vertrag zwischen der Klägerin und der Gesellschaft handelt. Denn dadurch wird die Gefahr eines spekulativen Handels mit Gesellschaftsanteilen, die das Gesetz beseitigen will, nicht ausgeschlossen. Demgemäß ist auch der rechtsgeschäftliche Erwerb von Geschäftsanteilen durch die Gesellschaft selbst (JW. 1907 370, 21) für der Form des § 15 Abs. 4 bedürfend erklärt worden und ebenso die Vereinbarung, durch die sich eine G. m. b. H. verpflichtet, einen eigenen Geschäftsanteil einem Dritten zu verschaffen und diesen Geschäftsanteil auf Verlangen des Dritten zurückzuerwerben (RG. 76, 306). Denn diese Vorschrift will alle auf die Verpflichtung zur Abnahme von Geschäftsanteilen gerichteten Verträge treffen (JW. 1903 11, 28; 1905 92, 43; 1907 370, 21; RG. 57, 60; 76, 310). Die Revision hat geltend gemacht, das BG. habe übersehen, daß die Verpflichtung zum Erwerbe von Geschäftsanteilen nicht unmittelbarer Vertragsinhalt gewesen sei; der Gesellschaft sei es darum zu tun gewesen, daß die Klägerin 25 000 *M* auf die Geschäftsanteile einzahle, die L. zu übernehmen verpflichtet gewesen sei; nur in selbstverständlicher Folge dieser Verpflichtung habe die Klägerin die Anteile von L. übernehmen sollen. Diese Ausführungen sind verfehlt. Das BG. hat die Verpflichtung der Klägerin, 25 000 *M* Geschäftsanteile der E.-Gesellschaft zu übernehmen, als einen wesentlichen Bestandteil des fraglichen Lieferungsvertrages in der Art angesehen, daß ohne diese Geschäftsanteilsübernahme der ganze Vertrag nicht zustandegekommen wäre. Damit will das BG. offensichtlich sagen, diese Uebernahme sei unmittelbarer Gegenstand des Vertrags gewesen. (Wird in den folgenden Ausführungen gebilligt). Es handelt sich also hier nicht um einen Vertrag, bei dem die Verpflichtung zur Abnahme eines Geschäftsanteils nicht als unmittelbarer Vertragsinhalt, sondern

nur als gesetzliche Nebenwirkung einer anderen, den wesentlichen Inhalt des Vertrages darstellenden Verpflichtung in Frage kommt, wie in JW. 1913 1041, 12, namentlich nicht um einen Auftrag zum Erwerbe von Geschäftsanteilen. Es trifft auch nicht zu, daß es sich, wenn L. am 5. September 1911 die fraglichen Geschäftsanteile noch nicht gehabt habe, gar nicht um eine Verpflichtung der Klägerin zur Abnahme von Geschäftsanteilen, sondern nur um eine Verpflichtung der Klägerin handeln könne, den Anspruch des L. gegen die E.-Gesellschaft auf Lieferung von Geschäftsanteilen zu erwerben Es kann sehr wohl ein Gesellschaftsanteil, den ein Dritter zu erwerben sich verpflichtet hat, zum Gegenstand eines Vertrages zwischen zwei anderen Personen in der Weise gemacht werden, daß der eine Vertragschließende sich dem anderen gegenüber verpflichtet, diesen Gesellschaftsanteil von dem Dritten zu erwerben. In dieser Weise ist der Vertrag zwischen der Klägerin und der E.-Gesellschaft geschlossen worden; er hat nicht einen Anspruch des L. gegen die E.-Gesellschaft auf Lieferung von Geschäftsanteilen zum Gegenstande. Schließlich steht der Anwendung des § 15 Abs. 4 auch der Umstand nicht entgegen, daß L. die Geschäftsanteile noch nicht besaß; denn § 15 Abs. 4 gilt sogar für die vor dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrags getroffene Abrede über die Abtretung zukünftiger Geschäftsanteile einer erst zu gründenden G. m. b. H. (vgl. JW. 1911 111, 49 und die dort angeführten Urteile des RG.). (Urt. des III. ZS. vom 30. Juni 1914, III 96/14). —a—

3438

B. Strafsachen.

I.

Abgrenzung des Anwendungsgebietes der §§ 242 und 370 Nr. 5 StGB. bei fortgesetzter Entwendung.

Aus den Gründen: Die beiden Angeklagten haben von Ende August bis 24. September 1913 in ihrer Mietwohnung wiederholt aus der städtischen Gasleitung unbefugt Gas zu Beleuchtungs- und Kochzwecken entnommen. Den Tatbestand des § 242 StGB. verneint die Strafkammer, weil „für eine Schätzung der entwendeten Gasmenge jeder Anhalt fehle", im übrigen aber die Voraussetzungen des § 370 Nr. 5 StGB. gegeben seien; auch wenn man eine tägliche Entnahme unterstellen wolle, würde der Gesamtwert des Entwendeten den Betrag von 2 bis 3 *M* kaum übersteigen; jedenfalls müsse zugunsten der Angeklagten angenommen werden, daß es sich um einen unbedeutenden Wert im Sinne des § 370 Nr. 5 handle. Danach ist mangels Strafantrags das Verfahren eingestellt worden. Der Revision des Staatsanwalts ist der Erfolg zu versagen. Von der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist anerkannt, daß eine Uebertretung aus § 370 Nr. 5 StGB. in fortgesetzter Ausführung eines einheitlichen Vorsatzes durch eine Reihe jeweils den Tatbestand der Uebertretung erfüllender Einzelhandlungen als einheitliche Straftat begangen werden kann. Ueberschreitet die Gesamtheit der auf Grund des einheitlichen Vorsatzes entwendeten Gegenstände nach Menge oder Wert die Grenzen des § 370 Nr. 5 StGB., dann allerdings ist diese Gesetzesstelle nicht mehr anwendbar, sondern durch die einheitliche Straftat der Tatbestand des § 242 StGB. begründet (Entsch. Bd 17 S. 332). Findet jedoch die für eine unbestimmte Anzahl von Wiederholungen in Aussicht genommene Fortsetzung von Einzelhandlungen, die jeweils an sich nur den Tatbestand des § 370 Nr. 5 begründen können, aus irgend einem Grunde ihr Ende, bevor durch die Gesamtheit des Entwendeten jene Grenze überschritten ist, dann kann durch die bloße Möglichkeit, daß bei einer weiteren Fortsetzung diese Grenze überschritten worden wäre, jedenfalls bei den Einzelhandlungen an dem Tatbestand des § 370 Nr. 5 nichts geändert werden; ebenso kann aber die einheitliche Tat nur diesen Tatbestand, nicht den des § 242 StGB. erfüllen. (Urt. des I. StS. vom 27. Juni 1914, 1 D 499/14). E.

3460

II.

Unterdrücken einer dem Täter nicht oder nicht ausschließlich gehörigen Urkunde (§ 274 Nr. 1 StGB.).

Aus den Gründen: Der Angeklagte war auf der Strecke 3 an den Abbaustellen 7 westlich und 6 östlich als Schlepper beschäftigt. Jeden Kohlenwagen, den er beförderte, hatte er mit der Nummer 6 oder 7 zu versehen. Er bezog für jeden Wagen eine Vergütung von 13 Pfg. Im August und September 1912 brachte er an einzelnen Wagen die Nummer 11 an. Dadurch wurde bei dem mit der Lohnberechnung beauftragten Beamten der Grubenverwaltung der Irrtum erregt, als ob die Wagen von der Strecke 4 Abbaustelle Nr. 11 kämen. Sie wurden den dort beschäftigten Arbeitern gutgeschrieben. Es ließ sich nicht ermitteln, daß der Angeklagte von den bei Stelle 11 beschäftigten Arbeitern entschädigt wurde, von seinem Tun hatte er vielmehr selbst Schaden. Wie die Strafkammer feststellt, wollte er nur die Arbeiter von Strecke 3 schädigen. Dafür scheute er nicht das Opfer an eigenem Minderverdienst von 13 Pfg. für den Wagen. Die Strafkammer erörtert, ob sich der Angeklagte der Urkundenfälschung i. S. der §§ 267, 268 StGB. schuldig gemacht habe. Sie verneint dies, weil er nur eine Urkunde mit falschem Inhalt hergestellt habe. Sie verurteilt ihn aber wegen Urkundenunterdrückung nach § 274 Ziff. 1 StGB. Bei einer Wagenbeförderung wurde nämlich der Angeklagte durch den Vorhauer H. überwacht. Dieser nahm im September 1912 einen unrichtigerweise mit der Nummer 11 versehenen Kohlenwagen wahr. Während er sich bei den Hauern erkundigte, vertauschte der mißtrauisch gewordene Angeklagte die Nummer 11 mit der richtigen Nummer 7, von deren Vorhandensein sich H. überzeugte. Als der Wagen aber abgeliefert wurde, trug er wieder die Nummer 11. Durch die Wegnahme der Nummer 7 soll der Angeklagte eine ihm nicht gehörige Urkunde in der Absicht unterdrückt haben, einem andern Nachteil zuzufügen (§ 274 Ziff. 1 StGB.). Dieser Annahme stehen rechtliche Bedenken entgegen. Denn wenn man auch mit der StK. bejahen würde, daß durch Aufstecken der Nummer 7 auf den Wagen eine Urkunde i. S. des § 274 Abs. 1 StGB. hergestellt werden könnte, fehlte es hier doch an dem Tatbestand des Vergehens, weil nicht feststeht, daß eine dem Angeklagten überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehörige Urkunde unterdrückt wurde. Die Feststellungen der StK. ergeben nämlich folgenden Sachverhalt: Das unrichtige Kennzeichen am Wagen war zur Täuschung der Grubenbeamten bestimmt. Ihnen gegenüber wollte der Angeklagte eine irreführende Erklärung abgeben. Das hat er, was den von H. beobachteten Wagen betrifft, auch bewirkt: dieser wurde den Grubenbeamten mit der irreführenden Nummer 11 zugeführt. Solange der Wagen aber die Nummer 7 aufwies, war er zu täuschendem Gebrauch den Grubenbeamten gegenüber nicht bestimmt. In diesem Zustand wollte der Angeklagte wie die Gründe ergeben, den Wagen nicht abliefern, er wollte nicht die durch die Nummer vermittelte Erklärung abgeben. Eine zur Entäußerung bestimmte Erklärung des Angeklagten, durch die er seinen Willen kundgeben wollte, lag nicht vor. Ehe es soweit kam, wollte er die Nummer wieder entfernen und hat dies auch getan. H. sollte nur verhindert werden, die beabsichtigte Täuschung zu entdecken. Der Wagen unterstand damals der ausschließlichen Verfügung des Angeklagten. Aus der von ihm bewirkten Kennzeichnung des Wagens mit der Zahl 7 konnten Dritte Rechte nicht herleiten, solange der Angeklagte den Wagen in Besitz hatte. Wenn der An-

geklagte, ehe es zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der Nummer 7 kam, diese Zahl entfernte, hat er sich nicht anders verhalten als derjenige, der eine von ihm gefertigte urkundliche Zusage vernichtet, ehe er sie ausfolgt und ehe ein anderer ein Recht an ihr erwirbt. Er hat eine Erklärung wieder zurückgenommen ehe er sie einem andern gegenüber abgegeben hat. Wenn sie auch für einen andern bestimmt war, so hatte dieser an ihr doch kein Recht erworben, wonach sie ihm auch nur teilweise gehörte. Die Grubenbeamten hatten kein Recht an der Erklärung erworben, der Angeklagte wollte ihnen ein solches auch nicht einräumen, sie wußten nicht einmal etwas von der Aufsteckung der Nummer 7. H. hat aber die Urkunde nur wahrgenommen. Dadurch ist er zu ihr in kein Rechtsverhältnis getreten, wonach die Urkunde als ihm ausschließlich oder teilweise zugehörig angesehen werden konnte. (Urt. des I. StS. vom 27. Juni 1914, 1 D 400/14).

3462 E.

III.

Beweisantrag oder Beweisermittelungsantrag? Aus den Gründen: In einem Verfahren wegen Brandstiftung beantragte der gesetzliche Vertreter des Angeklagten „eine Brandprobe vorzunehmen, um festzustellen, wie lange es dauere, bis ein Brett durchbrennt und die über ihm befindlichen Stangen anglimmen“. Der Antrag ist vom Gericht abgelehnt worden, weil durch das Ergebnis des Augenscheins im Zusammenhalt mit dem Gutachten des Sachverständigen die Sachlage genügend aufgeklärt sei. Stände ein wirklicher Beweisantrag in Frage, so würde diese Bescheidung nicht ausreichen, soweit dadurch bestimmte Beweistatsachen als bereits durch die bisherige Beweisaufnahme widerlegt bezeichnet wären; allein nach der Fassung des Antrages hat der Antragsteller nur Beweisermittelungen angeregt, um den Tatbestand klar zu stellen, nicht aber bestimmte Tatsachen unter Beweis gestellt. Diesem Beweisermittelungsantrag gegenüber bedurfte es einer Bescheidung in der Richtung, weshalb er rechtlich oder tatsächlich unerheblich sei, überhaupt nicht, und es kann keine Beschwerde daraus hergeleitet werden, wenn das Gericht bei der Ablehnung des Antrags zum Ausdruck brachte, daß es keinen Anlaß habe, im Interesse der Wahrheitsermittelung weitere Erhebungen anzuordnen, weil die bisherigen Beweisergebnisse ausreichten. (Urt. des I. StS. vom 2. Juli 1914, 1 D 346/1914). E.

3461

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

Kann Jemand seinen Enkel, der sein einziger ehelicher Abkömmling ist, an Kindes Statt annehmen? (§ 1741 BGB.). Grundsätze für die Gesetzesauslegung. Aus den Gründen: Wenn man sich nur an den Wortlaut des § 1741 Satz 1 BGB. hält, scheint es keinem Zweifel zu unterliegen, daß die Frage zu verneinen ist. Denn wenn der § 1741 Satz 1 demjenigen, der keine ehelichen Abkömmlinge hat, erlaubt, durch Vertrag mit einem anderen diesen an Kindes Statt anzunehmen, so ist unter dem „anderen“ eine Person zu verstehen, die eben kein ehelicher Abkömmling ist. Allein der Wortlaut des § 1741 Satz 1 drückt den Gedanken des Gesetzgebers nicht in ganz zuverlässiger Weise aus, wie in der Rechtslehre schon wiederholt bemerkt worden ist (vgl. Opet-Blume, Familienrecht Erl. zu § 1741 BGB., Müller im Ziv. Archiv 95, 256 ff.). Dies ist wenigstens nach einer Richtung zweifellos. Denn nach dem Wortlaute des § 1741 würde das Vorhandensein eines legitimierten Kindes die Annahme an Kindes Statt nicht ausschließen, weil ein legitimiertes Kind zwar die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangt (§§ 1719, 1736 BGB.), aber deshalb nicht ein eheliches Kind ist, sowenig als ein uneheliches Kind ein eheliches Kind seiner Mutter ist, trotzdem es dieser gegenüber nach dem § 1705 BGB. die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat. Gleichwohl kann nicht mit Grund bezweifelt werden, daß auch wer nur ein legitimiertes Kind hat, nicht einen anderen an Kindes Statt annehmen kann. Es ergibt sich dies überdies aus der Vorschrift in § 1743 BGB., daß das Vorhandensein eines angenommenen Kindes einer weiteren Annahme an Kindes Statt nicht entgegensteht. Diese Ausnahme wäre überflüssig, wenn im § 1741 Satz 1 unter die ehelichen Abkömmlinge diejenigen nicht zu begreifen wären, die nur die rechtliche Stellung eines ehelichen Abkömmlings erlangt haben (vgl. Drittenberger im ArchZivPrax. 95, 451, Thiesing das. 91, 434). Blickt man auf den gesetzgeberischen Grund, warum das Vorhandensein eines ehelichen Abkömmlings die Annahme an Kindes Statt ausschließt, so ergibt sich, daß mit ihm der aus dem Wortlaute des § 1741 Satz 1 zu folgernde Ausschluß der Annahme des eigenen Enkels an Kindes Statt, auch wenn der Anzunehmende der einzige eheliche Abkömmling des Annehmenden ist, nicht vereinbar ist. Nach den Gesetzgebungsverhandlungen muß davon ausgegangen werden, daß die Gründe, welche den Entwurf nach dessen Motiven bestimmten, für die Vorschrift des § 1741 auch in ihrer endgültigen Fassung maßgebend waren. Es findet sich wenigstens nirgends ein Anhalt, daß der Entwurf II oder der Bundesrat oder der Reichstag einen abweichenden Standpunkt eingenommen hätten. Hiernach will die Vorschrift, welche die Annahme an Kindes Statt für den Fall des Vorhandenseins eigener Abkömmlinge verbietet, verhüten, daß die ehelichen Abkömmlinge verkürzt werden (vgl. Mot. IV, 957 und 958; Prot. IV, 719 und 720). Von einer solchen Verkürzung kann aber selbstverständlich nicht die Rede sein, wenn der Anzunehmende der einzige eheliche Abkömmling des Annehmenden ist. Es darf deshalb unbedenklich angenommen werden, daß der Wortlaut des § 1741 Satz 1 BGB. auch hinsichtlich der hier zu entscheidenden Frage ungenau ist. Es ist Aufgabe des Richters, den wahren Sinn einer gesetzlichen Vorschrift zu ermitteln, einen unvollständigen Ausdruck zu ergänzen, oder einen Ausdruck richtig zu stellen, bei dessen Wahl der Gesetzgeber sich vergriffen hat. Freilich darf der Richter hierbei der Gesetzesvorschrift nicht einen Sinn beilegen, der mit den Worten des Gesetzgebers schlechterdings nicht zu vereinbaren ist. Die Auslegung muß in den Worten immerhin gefunden werden können und als Gedanke des Gesetzgebers darf nichts festgestellt werden, was mit dem Wortlaut in Widerspruch steht; die gebrauchten Worte dürfen lediglich einen nicht völlig entsprechenden Ausdruck des Gedankens des Gesetzgebers darstellen. Würde die Auslegung sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen, so würde damit gegen den obersten Grundsatz verstoßen, daß nur das erklärte Wort des Gesetzgebers Gesetzeskraft haben kann. Bei nicht völlig klaren Willenserklärungen des Gesetzgebers ist derselbe Weg geboten, der nach § 133 BGB. bei Willenserklärungen von Privatpersonen einzuschlagen ist, nämlich die Erforschung des wirklichen Willens und die Nichtbeachtung des buchstäblichen Sinnes des Ausdrucks. Wenn der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung zu einem unvernünftigen oder der Absicht des Gesetzgebers offensichtlich widerstreitenden Ergebnis führt, so kann daraus geschlossen werden, daß die Vorschrift, nach dem Buchstaben angewendet, auf den zur Entscheidung stehenden Fall nicht paßt, und daß eine Lücke, eine zu enge oder zu weite Fassung des Gesetzes vorliegt. Geht man hievon aus, so ist klar, daß es nicht gegen den Zweck des Gesetzes verstößt, wenn den Großeltern gestattet wird, den einzigen ehelichen Abkömmling ihres einzigen ehelichen Kindes an Kindes Statt anzunehmen. Dazu kommt, daß für die Annahme des eigenen Enkels an

Kindes Statt auch ein sachlich gerechtfertigtes Bedürfnis bestehen kann. Dies beweist gerade der vorliegende Fall, wo die Großmutter die Annahme ihrer Enkelin an Kindes Statt anstrebt, damit sie ihr nicht später von dem Vater nach Belieben entzogen wird, nachdem sie von ihr aufgezogen und unterhalten worden ist. Die Annahme des eigenen Enkels an Kindes Statt haben auch nachweisbar die Verfasser des Entwurfs I für zulässig erachtet; denn sie erwähnen an anderer Stelle (Mot. IV S. 1051), bei der Berufung zur Vormundschaft, in der Begründung zu § 1635 des Entwurfs — § 1776 des Gesetzes — den Fall, wenn der leibliche Großvater seinen Enkel an Kindes Statt angenommen hat. Würde man den § 1741 BGB. so auslegen wie das LG., so könnte hiebei nur die Annahme des Kindes der unehelichen Tochter oder die Annahme des unehelichen Kindes der verstorbenen ehelichen Tochter in Betracht kommen. Nichts deutet darauf hin, daß nur diese Ausnahmefälle in das Auge gefaßt waren; auch bei den Kommissionsberatungen (vgl. Prot. Bd. 4 S. 745—747) und in den gesetzgebenden Körperschaften wurde kein Widerspruch gegen die uneingeschränkte Bemerkung der Motive laut. Der unehelichen Mutter ist — wenigstens nach der weit überwiegenden herrschenden Ansicht (vgl. Kipp-Wolff, Familienrecht 1914 S. 344, a. A. Bergk Familienrechtliche Streitfragen 1914 S. 5) — nicht verwehrt ihr eigenes uneheliches Kind an Kindes Statt anzunehmen, damit sie sich die volle rechtliche Stellung einer ehelichen Mutter, besonders die elterliche Gewalt über ihr uneheliches Kind verschaffe. Da man, wie ausgeführt, unter den ehelichen Abkömmlingen i. S. des § 1741 Satz 1 auch diejenigen verstehen muß, welche zwar nicht eheliche Abkömmlinge sind, jedoch die rechtliche Stellung von ehelichen Abkömmlingen erlangt haben, so würde der Wortlaut des § 1741 Satz 1 — streng genommen — auch der Annahme eines unehelichen Kindes durch seine Mutter entgegenstehen. Gleichwohl halten die Mot. IV S. 958 die Zulässigkeit einer solchen Annahme für selbstverständlich. Der Großvater darf nach der herrschenden Ansicht seinen unehelichen Enkel (das uneheliche Kind seiner verstorbenen ehelichen Tochter) an Kindes Statt annehmen. Es würde an jedem inneren Grunde fehlen, wenn er seinen einzigen ehelichen Enkel (das eheliche Kind seines verstorbenen ehelichen Kindes) nicht sollte an Kindes Statt annehmen dürfen. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß im Gebiete des Gemeinen Rechtes die adoptio plena, die Annahme des eigenen Enkels an Kindes Statt durch den Großvater so sehr für selbstverständlich gehalten wurde und gebräuchlich war, daß die Motive zum Entwurf eines BGB. sicherlich die Beseitigung dieser Möglichkeit ausführlich begründet hätten (vgl. Friedrichs in der DJZ. 1901 S. 47). In den Motiven findet sich aber hierüber keine Bemerkung, ebensowenig in der Begründung des Redaktorenentwurfes, wohl aber handeln beide (vgl. Mot. IV S. 954) eingehend davon, daß der Unterschied zwischen der adoptio plena und minus plena wegfalle und nach dem BGB. jede Annahme eines Minderjährigen die volle elterliche Gewalt des Annehmenden begründe. All dies führt zu dem Schlusse, daß es nicht zulässig ist, der Beschwerdeführerin die Annahme ihrer Enkelin, die ihr einziger ehelicher Abkömmling ist, zu verwehren. (Beschluß des I. ZS. vom 22. Sept. 1914, Reg. III Nr. 34/1914). M.

3455

Oberlandesgericht Nürnberg.

Ueber die sog. privilegierten Schützengesellschaften in Bayern und die Stellung des Schützenkommissariats. Ausschließung von der Mitgliedschaft. Beschreitung des Zivilrechtswegs. Zuständigkeit der Generalversammlung. Tagesordnung hierfür. Vorladung und Anhörung des auszuschließenden Mitglieds. Begründung des Beschlusses auf Ausschließung und Mitteilung an das Mitglied. Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils. (K. B. VO. vom 25. August 1868, betr. eine allgem. Schützenordnung, §§ 25, 32, 39 BGB., Art. 82, 163 EG. BGB.; §§ 709, 710 ZPO.).

Aus den Gründen: Im § 2 der allg. Schützenordnung (= SchO.) ist bestimmt: „Den zurzeit bestehenden, sowie den sich neubildenden Schützengesellschaften steht es frei, ob sie die gegenwärtige SchO. anerkennen wollen oder nicht. Im ersteren Falle erhalten sie kraft dieser Anerkennung und auf solange, als sie dieselbe nicht zurücknehmen, die Rechte einer Korporation; im letzteren Falle aber bemessen sich ihre Verhältnisse lediglich nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 26. Februar 1850, die Versammlungen und Vereine betr., sofern sie nicht nachzuweisen vermögen, daß sie sich infolge älterer Privilegien im Besitze korporativer Rechte befinden." Als Zweck der Schützengesellschaften ist im § 1 SchO. die Vereinigung ihrer Mitglieder zu gemeinschaftlichen Schießübungen bezeichnet, um durch fortgesetzte Handhabung der Feuerwaffe und durch Förderung des Schützenwesens im allgemeinen die Wehrkraft des Volkes zu erhöhen. Die beklagte Schützengesellschaft hat bei ihrer Gründung die SchO. als Satzung angenommen. Damit hat sie auf Grund des § 2 Abs. 2 SchO. die Rechte einer juristischen Person erlangt. Es fragt sich, ob sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts geworden ist. Hierüber bestehen verschiedene Ansichten. Während in der Handausgabe zu den Bayer. AG. BGB. von Henle-Schneider 2. Aufl. S. 18 und in Aufsätzen in der BayZfR. 1908 S. 104, 164 und 299 den Schützengesellschaften, welche die SchO. als Satzung angenommen haben, die Eigenschaft von Körperschaften des öffentlichen Rechts beigelegt wird, werden sie in einem Aufsatz der gleichen Zeitschrift 1908 S. 121 als juristische Personen des Privatrechts betrachtet. Richtig ist, daß Schützengesellschaften, welche die SchO. als Satzung angenommen haben, unter gewisser staatlicher Aufsicht stehen. Es muß bei jeder solchen Schützengesellschaft ein Schützenkommissariat bestehen, das nach §§ 4 und 8 SchO. von der Distriktspolizeibehörde ernannt wird und in den durch die SchO. bestimmten Fällen das öffentliche Interesse zu wahren und die staatliche Aufsicht zu handhaben hat. In gewissen Fällen, so nach §§ 5 Abs. b, 13 Abs. 3 SchO., ist zu Beschlüssen die Zustimmung des Schützenkommissariats erforderlich, es hat nach den §§ 18, 19 a. a. O. in bezug auf die Generalversammlung bestimmte Rechte und kann nach § 21 Beschlüsse der Generalversammlung über die Veräußerung oder Verpfändung des Gesellschaftsvermögens hemmen. Nach § 41 sind ihm die Rechnung des vergangenen Jahres und der Etat des nächsten Jahres zur Kenntnis zu übergeben. Endlich steht nach § 27 dem Schützenkommissariat frei, Aufschlüsse bezüglich der Aufnahme, des Austritts oder des Ausschlusses von Mitgliedern zu verlangen. In der SchO. ist aber die Entscheidung von Streitigkeiten über Aufnahme und Ausschließung von Mitgliedern nicht dem Schützenkommissariat oder der Distriktsverwaltungsbehörde übertragen, welche Entscheidung z. B. nach dem die Innungen betreffenden § 96 GewO. ausdrücklich der unteren Verwaltungsbehörde übertragen worden ist. Vielmehr ist die Fassung des Beschlusses auf Ausschließung von Mitgliedern der Generalversammlung überlassen. Während nach § 38 dem Verurteilten gegen Strafbeschlüsse des Gesellschaftsausschusses die Berufung an die nächste Generalversammlung als letzte Instanz gestattet ist, fehlt in der SchO. jede Bestimmung darüber, wie der gänzliche Ausschluß, der nach §§ 36, 16 nicht durch den Gesellschaftsausschuß, sondern nur durch die Generalversammlung verfügt werden kann, von dem ausgeschlossenen Mit-

glied angefochten werden kann. Nach §§ 21, 45 SchO. kann zwar die Schützengesellschaft gegen Verfügungen des Schützenkommissariats Beschwerde zur Distriktsverwaltungsbehörde und weitere Beschwerde zur Kreisregierung erheben; dagegen fehlt jede Bestimmung darüber, daß dem ausgeschlossenen Mitglied das Recht zustände, gegen seine Ausschließung Beschwerde zum Schützenkommissariat oder gegen dessen Bescheid Beschwerde zur Distriktsverwaltungsbehörde zu erheben. Aus dem Fehlen dieser Bestimmung ist zu schließen, daß die Prüfung der Frage, ob ein Ausschließungsbeschluß mit Recht ergangen ist oder nicht, nicht dem Schützenkommissariat, sondern dem Gerichte zusteht und daher der Rechtsweg zulässig ist. Es kann also dahingestellt bleiben, ob die beklagte Gesellschaft eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts ist. Daher kann auch § 89 BGB. hier nicht in Betracht kommen. Da Art. 82 EG. BGB. nach seiner Entstehungsgeschichte nur auf wirtschaftliche Vereine anwendbar ist, so sind auf die Beklagte, die ideale Zwecke verfolgt, nach Art. 163 EG. BGB. die §§ 25—53, insbesondere die §§ 25, 32, 39 BGB. anzuwenden. Die sachliche Seite des Ausschließungsbeschlusses, d. h. die Frage, ob ein triftiger Anlaß zur Ausschließung vorgelegen hat, kann hiernach vom Gerichte nie nachgeprüft werden, wohl aber die Frage, ob bei der Ausschließung die durch die Satzung vorgeschriebenen Formen und Vorschriften eingehalten worden sind.

Die Beanstandung des Klägers, es hätte nicht sofort die Generalversammlung die Ausschließung beschließen dürfen, sondern zuerst ein Strafbeschluß des Gesellschaftsausschusses erfolgen sollen, trifft nicht zu; denn nach §§ 36, 16 Abs. 3d, 34 SchO. kann der gänzliche Ausschluß aus der Gesellschaft nur durch Beschluß der Generalversammlung als Strafe verfügt werden. Dagegen sind die übrigen Beanstandungen begründet. Nach § 36 SchO. kann eine Strafe, als welche sich nach § 35 a. a. O. auch der gänzliche Ausschluß aus der Gesellschaft darstellt, nur nach Untersuchung der Sache durch einen Schützenmeister und nach Vernehmung des Beteiligten verhängt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob in einer mehrere Wochen vor der Generalversammlung einberufenen außerordentlichen Sitzung des Ausschusses in Gegenwart der beiden Schützenmeister die Sache durch eingehende Besprechung des Falls untersucht wurde. Der Kläger ist zu dieser Ausschußsitzung nicht beigezogen worden; das ist zwar nicht vorgeschrieben, aber ohne Vernehmung des Beschuldigten ist eine ordnungsmäßige Untersuchung nicht denkbar. Es wird behauptet, daß sich der zweite Schützenmeister wiederholt mit dem Kläger über sein Benehmen unterhalten und ihm gesagt habe, es könne so nicht weitergehen, es hätten hiewegen schon Mitglieder mit Austritt gedroht. Zu Unrecht wird in diesen Unterredungen eine Vernehmung des Klägers erblickt; denn solche Unterredungen können die im § 36 SchO. vorgeschriebene Vernehmung nicht ersetzen; diese setzt voraus, daß der Schützenmeister dem Beteiligten die einzelnen Punkte der Beschuldigung genau unter Bekanntgabe des Ergebnisses der Untersuchung vorhält, ihn zur Verantwortung auffordert und ihn auf die Strafe hinweist. Der Kläger wurde nicht so vernommen. Eine Vernehmung *vor* der Generalversammlung ist also nicht erfolgt. Da die SchO. Gegenteiliges nicht bestimmt, kann allerdings Untersuchung und Vernehmung auch erst *in* der Generalversammlung geschehen. Hierzu muß aber der Beteiligte ordnungsmäßig geladen werden. Nach § 18 Abs. 3 SchO. geschieht die Berufung zur Generalversammlung unter Fertigung des Schützenmeisteramts u. a. durch gesonderte Ladung. Daß hiebei jedem Gesellschaftsmitgliede die Tagesordnung bekanntgegeben werden muß, ist im § 18 Abs. 3 nicht erwähnt. Nach § 18 Abs. 2 ist aber eine Tagesordnung der Generalversammlung zu entwerfen und dem Schützenkommissariate zur Einsicht unter Einladung zur Teilnahme vorzulegen. Daraus folgt, daß auch den Mitgliedern zugleich mit der Ladung die Tagesordnung bekanntzugeben ist; jedenfalls hat dies nach § 32 BGB. zu geschehen, der hier ergänzend anzuwenden ist. In der Ladung, die dem Kläger zugesandt wurde, war als Gegenstand der Tagesordnung „der Ausschluß eines Mitglieds“ bezeichnet, ohne daß dessen Name angegeben war. Es kann dahingestellt bleiben, ob damit die Tagesordnung für die übrigen Mitglieder genügend bezeichnet war, für den Kläger genügte diese Bezeichnung nicht. Er war vor der Generalversammlung noch nicht vernommen worden, und mußte daher, da er ein Recht auf Gehör hatte, spätestens in der Generalversammlung vernommen oder wenigstens mit dem Beifügen geladen werden, daß er zunächst über die Beschuldigung vernommen werde. Denn erst nach der Vernehmung oder im Falle des Nichterscheinens trotz Vorladung zur Vernehmung kann ein Mitglied ausgeschlossen werden. Gegenstand der Tagesordnung war daher nicht nur die Beschlußfassung über die Ausschließung des Klägers, sondern auch dessen Vernehmung. Seine Ladung hiezu wäre ohne besondere Kosten in einem verschlossenen Briefe möglich gewesen; da sie nicht unter Bekanntgabe dieser Tagesordnung erfolgt ist, war sie nicht ordnungsmäßig. Ein förmlicher Strafbeschluß wurde überhaupt nicht gefaßt. Nach § 36 SchO. sind in dem Strafbeschluß dessen Gründe anzuführen. Nach dem Protokoll wurden gegen den Kläger von zwei Mitgliedern zwei Beschuldigungen erhoben, nämlich die einer bedrohlichen Aeußerung gegen die Gesellschaft und die einer anonymen Anzeige an das Bezirksamt. Nachdem zum letzten Punkte ein Mitglied bemerkt hatte, daß der Kläger auszuschließen sei, wenn man in den Schriftzügen die Handschrift des Klägers erkannt habe, wurde auf Antrag des Schützenmeisters abgestimmt. Das Protokoll läßt nicht ersehen, ob die Ausschließung wegen der beiden Beschuldigungen oder nur wegen einer beschlossen wurde, es enthält also keinen mit Gründen versehenen Strafbeschluß. Dem Kläger hat das Schützenmeisteramt seine Ausschließung ohne Bekanntgabe der Gründe mitgeteilt. Die SchO. schreibt zwar die Mitteilung der Gründe nicht vor. Aber nur durch die Gründe kann festgestellt werden, ob die Ausschließung aus einem satzungsmäßigen Grunde erfolgt ist. Wenn auch der Kläger vielleicht vor seiner Ausschließung seinen Austritt erklärt hat, so kann er doch die Aufhebung eines nach seiner Ansicht zu Unrecht ergangenen Ausschließungsbeschlusses durch Klage verlangen; denn es ist ein großer Unterschied, ob die Mitgliedschaft durch Austritt oder durch Ausschluß endet. Das LG. hat sonach mit Recht die Rechtsungültigkeit des Ausschließungsbeschlusses festgestellt.

Der Kläger war an sich berechtigt durch Anschlußberufung die vorläufige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils zu beantragen (OLGRspr. 5, 119). Diese Anschlußberufung war aber als unbegründet zurückzuweisen, da das angefochtene Urteil in der Hauptsache nur auf Feststellung lautet und die in einem solchen Urteil enthaltene Kostenentscheidung weder ohne noch gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann (§§ 709 Nr. 4, 710 ZPO.). (Urt. des I. ZS. vom 17. April 1914, L. 202/13). B—r.

3386

Bücheranzeigen.

Rixen, Dr. Peter, leitender Arzt der Beobachtungsabteilung für geisteskranke Gefangene am K. Strafgefängnis in Breslau. Zur Frage der Anrechnung des Irrenanstaltsaufenthaltes auf die Strafzeit. Ein Beitrag zur Reform der StPO. 91 S. Halle a. S. 1914, Carl Marhold. 2.20 Mk. [Jurist.-psychiatr. Grenzfr. IX. Bd., Heft 7/8.]

Verfasser, der schon früher über die Frage geschrieben hat,[1]) bietet hier eine eingehendere Darstellung. Er bespricht zunächst die Entstehung des § 493 StPO., stellt dann die einschlägige juristische und psychiatrische Literatur, sowie die Judikatur zusammen und gewinnt daraus seine Vorschläge für die neue StPO., die sich mit denen Aschaffenburgs decken und auf unterschiedslose, obligatorische Anrechnung des Irrenanstaltsaufenthalts hinauslaufen. Verfasser wiederholt seinen früheren[1]) Vorschlag, dem § 493 Abs. 1 StPO. folgende Sätze beizufügen: „Dies gilt auch für solche Verurteilte, welche wegen Geisteskrankheit in eine Irrenanstalt gebracht werden. Eine Strafunterbrechung findet in einem solchen Falle nicht statt". Anlaß hierzu gibt ihm die mit § 493 StPO. kaum zu vereinbarende preußische Praxis, die Strafvollstreckung jeweils durch ausdrückliche Verfügung förmlich zu unterbrechen, um den Krankenhausaufenthalt in die Strafzeit nicht einrechnen und die Staatskasse (Justizverwaltung) demgemäß mit den Kosten dieses Aufenthalts nicht belasten zu müssen.

München. Dr. Doerr.

Warneyer, Dr. Otto, Amtsgerichtsrat. Konkursordnung, erläutert durch die Rechtsprechung und die Materialien sowie versehen mit Hinweisen auf die einschlägige Literatur. 240 S. Leipzig 1913, Roßberg'sche Verlagsbuchhandlung. Mk. 3.—.

Der Verfasser erläutert hier die KO. ähnlich, wie er das BGB. und die ZPO. bearbeitet hat. Er bringt zu den einzelnen Vorschriften Nachweise aus der Literatur und reiht diesen Sätze aus der Rechtsprechung an. Weiter sind da und dort die Materialien bezeichnet. Auch wird auf den Kommentar von Jaeger verwiesen. In der vom Verfasser selbst gezogenen Beschränkung ist das Buch eine für die Praxis wertvolle Bereicherung der — abgesehen von dem großen Werke Jaegers und von systematischen Arbeiten — immerhin spärlichen neueren konkursrechtlichen Literatur. B.

Licht, Ernst, Justizrat, Rechtsanwalt in Cöln. Die Kriegsgesetze des bürgerlichen Rechts für Laien und Juristen. VI, 71 S. Stuttgart 1914, Verlag von W. Kohlhammer. Mk. 1.—.

Das in erster Linie für Laien berechnete Buch enthält eine kurze systematische Darstellung des Einflusses des Krieges auf das Prozeßrecht, auf Verträge und auf die freiwillige Gerichtsbarkeit. Ein Teil der sog. Kriegsgesetze und der hierzu ergangenen Vollzugserlasse ist im Anhang abgedruckt. Schi....

Schneider, Rudolf, Landrichter. Zivilprozesse für den Rechtsunterricht, insbesondere für die Referendarübungen. 119 S. Berlin 1914, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung. Mk. 2.40.

Die Fälle sind anregend und geschickt bearbeitet. Sie bieten gerade so viel Schwierigkeiten, als nötig sind, um den Leser zum Nachdenken anzureizen, ihn aber nicht vor der Schwierigkeit der Aufgabe verzagen zu lassen. Dennoch habe ich mich gewundert, daß diese Aufgaben in erster Linie für Referendare berechnet sind. Wer hat nun Recht? Die Professoren, die ihren Hörern viel schwerere Fälle zumuten, oder der Praktiker, der den Referendaren mit leichteren Fällen kommt? Irgend ein Fehler in der Abstandsschätzung ist da sicher gemacht worden. Mir scheint das Recht bei dem Praktiker zu sein.

Münster. Professor Dr. Krückmann.

[1]) Vgl. Psychiatr.-neurolog. Wochenschr. X (1908) S. 733.

Friedrichs, Dr. Karl, Justizrat, Rechtsanwalt in Düsseldorf. Handbuch der Prozeßpraxis. Zweite, ergänzte und verbesserte Auflage. I. Bd.: Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse, 816 S. II. Bd.: Sachenrecht und andere absolute Rechte, Familienrecht, Erbrecht, Zivilprozesse aus dem Verwaltungsrecht. 635 S. Berlin 1913, Carl Heymanns Verlag. Mk. 30.—, geb. Mk. 32.—.

Dieses Werk rechne ich zu den erstaunlichsten Leistungen wissenschaftlichen Fleißes. Fr. erstrebt etwas Unmögliches: in systematischem Aufbau im ganzen, in katalogartiger, tabellarischer Form im einzelnen, bei größter Uebersichtlichkeit und gedrängtester Kürze möchte er alle vor dem ordentlichen Zivilgericht oder dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltend zu machenden Ansprüche und Einwendungen skizzieren, die auf Reichsgesetzen beruhen, die am 1. Januar 1913 in Kraft waren, einerlei ob sie dem Zivilrecht oder dem Verwaltungsrecht angehören. Bei all diesen Ansprüchen möchte Fr. alle Gesetzesstellen heranziehen, die auf ihre Begründung, Höhe, gerichtliche Geltendmachung oder Beseitigung Einfluß haben! Solch hohes Streben erinnert an das Mühen der Gesetzgeber des preußischen allgemeinen Landrechts; die unendliche Vielgestaltigkeit des Lebens spottet aller menschlichen Registrier-Vermessenheit. Doch hat auch hier das große Wollen Großes vollbracht.

Friedrichs Werk, der äußeren Form nach eine Anleitung zur Abfassung von Klagen und Klagbeantwortungen, wird namentlich den Rechtsanwälten unschätzbare Dienste leisten; bei Ausarbeitung einer Klage, wo uns die Sorge um eine erschöpfende Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte und Tatbestände erfüllt, damit wir nicht, wenn es zu spät ist, vor der Notwendigkeit einer Klagänderung stehen, wie bei der Vertretung des Beklagten, wo alle rechtlichen Einwendungen zu erwägen sind. Solch einen Rechtsbeistand begehrt auch der beschäftigte und erfahrene Anwalt; denn gerade im Drange der Geschäfte kann leicht etwas übersehen werden. Dazu treten die natürlichen Schwierigkeiten, wenn es sich um eine Tätigkeit auf einem fernerliegenden Gebiete handelt. Ich verweise da nur auf einige Stichworte aus dem Inhaltsverzeichnis: Berufsgenossenschaften, Innungen usw., Krankenkassen usw., Versicherungsanstalten, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Auswanderungsvertrag, Kriegsleistungen und Enteignung, Klagen gegen Abgaben und polizeiliche Verfügungen. Aber auch auf den anderen Gebieten, die uns in der täglichen Praxis näherliegen, werden wir bei Friedrichs wertvolle Hilfe finden. So widersinnig es klingt, könnte man gerade in dem ungeheuren Reichtum des Werkes einen Hinderungsgrund für die Benutzung sehen; denn es ist trotz des ausführlichen Inhaltsverzeichnisses und trotz des gründlich gearbeiteten Sachverzeichnisses mitunter nicht leicht, zu finden, was man sucht. Darum ist ein Gesetzesregister, das die 2. Auflage durch ein alphabetisches Wörterverzeichnis ersetzen will, daneben doch noch zu wünschen.

Jena. Rechtsanwalt Dr. Böckel.

Verantwortl. Herausgeber i. V.: E. Eckert, Landgerichtsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Nr. 23. München, den 1. Dezember 1914. 10. Jahrg.

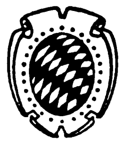
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von Th. von der Pfordten Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Amnestie und Kostenvorschuß.

Von Dr. Hermann Rehm,
Professor der Rechte zu Straßburg i. E.

Die deutschen Staaten haben bei Kriegsausbruch den Kriegsteilnehmern einen großen Teil der über sie verhängten Strafen in Gnaden erlassen. Eine Reihe der verbündeten Regierungen ist weiter gegangen und hat im Gnadenwege gegenüber Kriegsteilnehmern auch die gerichtlichen Strafkosten niedergeschlagen. Durch diesen Verzicht auf Gerichtsgebühren und Auslagen erlitten die Staatskassen Ausfälle und da und dort sind die Finanzbehörden nun dabei, den Ausfall auf die Weise zu decken, daß sie die Strafkosten vom Kläger im Wege des Gebührenvorschusses einzuziehen unternehmen. Der Privatkläger, von dem während des ganzen Prozesses in allen Instanzen kein Kostenvorschuß eingefordert wurde und der ein rechtskräftiges Urteil in Händen hat, das den Beklagten zu allen Kosten des Rechtsganges verurteilt, erhält nicht nur von der Gerichtsstelle die Mitteilung, daß dem Gegner Strafe und Gerichtskosten im Gnadenwege geschenkt seien, sondern bald darauf auch vom Steuereinnehmer ganz unvermutet die Aufforderung, binnen einer Woche so und so viel Strafkosten zu entrichten, und dann die freundliche Bemerkung: „Nach Umfluß dieser Frist wird das Mahnverfahren in Vollzug gesetzt werden". Ich glaube, bei jedem Empfänger einer solchen Aufforderung wird das erste, was sich einstellt, ein Erstaunen und Kopfschütteln sein. Er wird den Zettel nicht verstehen. Ich, der siegreiche Kläger soll Strafkosten zahlen müssen, der Unterlegene und zum Tragen der Kosten ausdrücklich Verurteilte aber davon frei sein? Wie ist das möglich? Wie ist denkbar, daß die Begnadigung des Bestraften zur Strafe und Härte gegen den Straffreien werden darf?

Für den Juristen liegt die Sache anders. Gewohnt, Gefühlsbewegungen und Verstandesgründe reinlich zu scheiden, wird er sofort erkennen, daß hier auf alle Fälle der Rechts- und der Gerechtigkeitsstandpunkt scharf zu trennen sind. Wie steht die Frage rechtlich, wie steht die Frage sittlich?

Rechtlich handelt es sich um das Wesen des Kostenvorschusses. Nach dem RGKG. § 83 im Zusammenhalt mit RStPO. § 496 erscheint der Kostenvorschuß als eine Kostenerhebung vor Entstehung der Kosten und nur in vorläufiger Weise. § 83 GKG. bestimmt: „In Strafsachen ist vom Privatkläger oder demjenigen, welcher als Privatkläger eine Berufung oder Revision einlegt, ein Gebühren*vorschuß* von 10 *M* für die Instanz zu zahlen", und StPO. § 496 lautet: „Jedes Urteil, jeder Strafbefehl und jede eine Untersuchung einstellende Entscheidung muß darüber Bestimmung treffen, von wem die Kosten des Verfahrens zu tragen sind." Also scheint der den Vorschuß Leistende nur Kostenzahler, nicht Kostenträger, seine Kostenpflicht nur eine vorläufige, keine schließliche zu sein. Allein da tritt § 90 GKG. mit der Vorschrift auf den Plan: „Die Pflicht zur Zahlung der vorzuschießenden Beträge bleibt auch bestehen, wenn die Kosten des Verfahrens einem anderen auferlegt oder von einem anderen übernommen sind." Die Vorschrift erscheint zunächst als widerspruchsvoll. Vorschießen lassen sich begrifflich nur Kosten, die erst entstehen sollen. Die Kosten, die aber hier auferlegt werden, sind bereits entstanden; denn das Auferlegen geschieht im Urteil, also am Ende des Verfahrens. Allein Ausschlag gibt nicht der Wortlaut, sondern der Inhalt des Gesetzes. Der Gesetzgeber will sagen: „Auch der Privatkläger, von dem kein Kostenvorschuß erhoben wurde, kann in der Höhe des Vorschusses zur Deckung der Gerichtsgebühren und Auslagen herangezogen werden und zwar selbst dann, wenn die Kosten des Verfahrens einem anderen auferlegt oder von einem anderen übernommen sind." Dabei ist diese Verpflichtung keine Hilfs-, sondern eine Hauptpflicht. Es genügt,

daß die Kosten einem anderen auferlegt sind. Nicht ist erforderlich, daß vergeblich versucht wurde, sie von einem anderen beizutreiben. Die Kostenvorschußpflicht ist auch eine Kostentragungspflicht. Der Staat hat in den Grenzen ihrer Pflicht die Wahl,[1]) von wem er die Kosten erheben will, vom verurteilten Beklagten oder vom siegreichen Kläger. Der eine ist verpflichtet, weil er im Rechtsstreit unterlegen ist, der andere, weil er die Aufwand verursachende Staatstätigkeit veranlaßt hat.

Die Rechtslage ist somit die, daß das Gericht die Deckung der Kosten dem Privatkläger nicht nur auferlegen darf, wenn der Staat die Gebühren und Auslagen vom Verurteilten nicht erhalten kann, sondern auch, wenn der Staat sie von ihm nicht erhalten will.

Die Behörde hat also freies Ermessen. Allein freies Ermessen ist nicht gleichbedeutend mit Willkür. Freies behördliches Ermessen heißt Handeln der Behörde nach eigener Entschließung, aber innerhalb der Grenzen der öffentlichen Interessen, die sie wahrzunehmen hat.[2]) Aus finanziellen Gründen hat der Gesetzgeber eine doppelte schließliche Kostenpflicht gesetzt, eine des Verurteilten und eine des Klägers. Aber daraus folgt nicht, daß die Behörde beim Vollzug des Gesetzes nur das finanzielle Interesse beachten darf. Die Gerichtsbehörde hat auch das Gerechtigkeitsinteresse wahrzunehmen. Der Gerichtskostenerheber ist nicht befugt, sich allein durch die Erwägung leiten zu lassen, von welchem der beiden Pflichtigen sind die Gebühren leichter zu erheben. Und so erklärt sich, daß die Kosten in der Regel in ihrer vollen Höhe und in erster Linie von demjenigen eingezogen werden, dem das Urteil die Kosten auferlegt, indem es dem Staate gerecht erscheint, daß die Kosten derjenige trägt, den das Gericht für kostenpflichtig erklärt; denn das Gericht darf hiezu nur den bestimmen, der in der Sache unterliegt, also nach der Ueberzeugung des Gerichtes sich im Unrecht, in Rechtswidrigkeit befindet. Hieraus folgt als Regel: den Privatkläger nach § 90 zur Kostendeckung heranziehen darf das Gericht erst dann, wenn der Staat die Kosten von den sonst Verpflichteten voraussichtlich nicht erhalten kann.

Damit ist nicht ausgeschlossen, daß ausnahmsweise innerhalb der Grenzen des freien Ermessens auch liegen kann, daß der Staat von dem Verurteilten die Gerichtskosten nicht einzieht, weil er sie von ihm nicht einziehen will. Das setzt voraus, daß nach den Umständen des Falles die Beachtung eines anderen öffentlichen Interesses gegenüber dem, daß der Unterlegene die Kosten trägt, das wichtigere ist. Bei Ausbruch des schweren Krieges, den uns das Geschick auferlegt hat, hat ein größerer Teil der deutschen Regierungen ein solches Interesse als gegeben erachtet. Es erschien ihnen als ein Gebot höherer Gerechtigkeit, denjenigen vermögensrechtliche Leistungen nachzulassen, von welchen der Staat das Einsetzen der Persönlichkeit für den Staat fordert.

Keinem Zweifel unterliegt, daß die Behörde in diesem Falle das Recht besitzt, die Rechtsmacht zu gebrauchen, kraft deren der Kläger zur Kostentragung herangezogen werden darf, und auf diese Weise dem finanziellen Interesse des Staates zu dienen. Allein damit ist nicht gesagt, daß sie so handeln muß. Die Billigkeit kann ihr gebieten, die Rechtsmacht, die sie besitzt, nicht anzuwenden. Dies dann, wenn durch Erfüllung des fiskalischen Interesses ein anderes öffentliches zu sehr verletzt würde. Das liegt vor, sobald der Privatkläger die Tatsache, daß derjenige, der das Strafgesetz übertritt, von den Kosten befreit, derjenige aber, den das Strafgesetz schützt, von ihnen betroffen wird, nach Lage des Falles als eine schwere Verletzung seines Gerechtigkeitsgefühles empfinden darf. Man nehme z. B. an, daß der Beklagte dem Kläger vor der Oeffentlichkeit ohne alle persönliche Veranlassung eine schwere Beleidigung zugefügt hat. In solchen Fällen entspricht es der Billigkeit, daß der Staat die Kosten auch gegenüber dem Kläger niederschlägt. Seinem Gerechtigkeitsgefühl ist nicht mit dem Hinweis darauf genüge getan, daß der Kläger befugt ist, was der Staat ihm abnimmt, vom verurteilten Gegner sich erstatten zu lassen.

Die Wählbarkeit von Kriegsteilnehmern zu Gemeindeämtern.

Von Justizrat Dr. M. Mayer in Frankenthal.

1. Während draußen im Zeichen des gewaltigsten aller Kriege die Kanonen donnern und Deutschland gegen eine Ueberzahl von Feinden um seinen wohlverdienten Platz an der Sonne ringt, werden wir Bayern in den nächsten Wochen die gesetzlich fälligen Gemeindewahlen erledigen und die Macht in der Selbstverwaltung verteilen, jener Selbstverwaltung, der das Reich einen guten Teil seiner beispiellosen Aufwärtsentwicklung verdankt, die die wahre Ursache dieses blutigen Krieges ist.

Eine ungeheure Zahl unserer Volksgenossen steht draußen im Kampfe. Sie können aus tatsächlichen Gründen als Wähler ihre Stimme nicht in die Urne werfen. Ob sie zu Gemeindeämtern wählbar sind, ist in jüngster Zeit lebhaft gefragt worden. Man hat die Vertagung der Gemeindewahlen bis zum Friedensschlusse begehrt, um den tapferen Beschützern des Vaterlandes nicht Ehren und Rechte zu rauben. Nunmehr hat das Staatsministerium des Innern in seiner Bekanntmachung über die gemeindlichen Verhältniswahlen vom 29. Oktober 1914 — Bayerische Staatszeitung Nr. 255 vom

[1]) Vgl. Pfafferoth, Artikel Gerichtskosten § 14 in Fleischmann, WB. des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Bd. 2 (1913).

[2]) Vgl. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., 1913 S. 134.

30. Oktober 1914 S. 5 Ziff. 13 — zu der Frage Stellung genommen und sich zu der Auffassung bekannt, daß Personen des Beurlaubtenstandes und des Landsturms, die infolge der Mobilmachung eingerückt sind, wählbar seien. Die Bekanntmachung bringt weiter die Anschauung zum Ausdruck, daß die Wahlausschüsse bei Feststellung des Wahlergebnisses die bezeichneten Militärpersonen als wählbar zu betrachten haben. Dies ist natürlich nur eine Meinungsäußerung an die Wahlausschüsse, die nach eigenem pflichtgemäßen Urteile durch Mehrheitsbeschluß über Anstände zu entscheiden haben, die sich bei der Wahlhandlung ergeben (Art. 180 rechtsrh. und 108 pfälz. GemO.). Deshalb steht in dieser Frage dem Verwaltungsgerichtshofe das letzte Wort zu (Art. 8 Ziff. 33 VGHG.).

2. Die Art. 173 Ziff. 4 rechtsrh. GemO. und 103 Ziff. 3 pfälz. GemO. lauten übereinstimmend:

„Die der aktiven Armee und den besoldeten Stämmen der Landwehr angehörigen Militärpersonen, ferner zeitlich pensionierte Offiziere und Militärbeamte sind zu keinem Gemeindeamt wählbar."

Bestimmt man nun den Begriff der aktiven Armee der beiden Gemeindeordnungen nach dem heute auch in Bayern geltenden Reichsmilitärgesetze vom 2. Mai 1874 RGBl. S. 45, dann gehören gemäß § 38 alle in Kriegszeiten zum Heeresdienst aufgebotenen oder freiwillig eingetretenen Offiziere, Aerzte, Militärbeamte und Mannschaften von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind, oder vom Zeitpunkt des freiwilligen Eintritts an bis zum Ablauf des Tages der Entlassung zum aktiven Heere. Dann aber sind alle Angehörigen des aktiven Heeres, auch die Personen des Beurlaubtenstandes (Reserve und Landwehr nach § 56 RMG.) und des Landsturmes zu Gemeindeämtern nicht wählbar.

Ob man aber den Weg gehen darf, den Begriff der aktiven Armee i. S. der beiden Gemeindeordnungen einfach durch spätere, auch für Bayern maßgebende Reichsgesetze zu erläutern und zu bestimmen, entscheiden allein die Art. 103 und 173 dieser Gemeindeordnungen. Diese sind aus ihrem Wortlaut und ihrer damit übereinstimmenden Entstehungsgeschichte auszulegen. Die Gemeindeordnungen umgrenzen den Kreis der zu Gemeindeämtern wählbaren Personen. Es geht nicht an, deshalb, weil die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Heeresrechtes, insbesondere auch der Begriff des aktiven Heeres sich seit der Begründung des Reiches für Bayern geändert hat, einfach an Stelle des alten Begriffes den neuen zu setzen. Das wäre nur dann zulässig, wenn die Gemeindeordnungen nicht selber einen ganz bestimmten Begriff der aktiven Armee gewollt, sondern von vornherein ihren Begriff der aktiven Armee dem Wechsel der Zeiten, der Veränderung nicht etwa der bayerischen, sondern gar einer anderen Gesetzgebung unterworfen hätten. Wir haben in der Tat zahlreiche Beispiele dafür, daß ein Gesetz seine Vorschriften zum Teile von den wechselnden Vorschriften anderer Gesetze abhängig macht. In diesem Falle ist das erstere Gesetz stets von dem Wechsel der Gesetzgebung abhängig, auf die es Bezug nimmt.

3. Die Auslegung kommt also hier nur zum richtigen Ziele, wenn sie in erster Linie untersucht, was die beiden Gemeindeordnungen unter den von ihnen aufgezählten Militärpersonen verstehen. Dafür ist einzig und allein die Zeit der Entstehung der Gemeindeordnung maßgebend.

Die Absicht des Gesetzes wird klar durch seine Entstehungsgeschichte.

Der Art. 167 des Entwurfes eines Gesetzes „die Gemeinde-Ordnung betreffend", — abgedruckt in den VerhRdAbg. 1866/69, insbesondere den Verhandlungen des besonderen Ausschusses Abteilung II, Beilagen, S. 3ff. (später unter der Abkürzung I angeführt) — lautete in seinem Abs. 4 (I, 20):

„Militärpersonen sind zu keinem Gemeindeamte wählbar."

Die Begründung macht dazu keine besondere Bemerkung, der Wortlaut aber läßt uns erkennen, daß alle Militärpersonen i. S. des bayerischen Wehrverfassungsrechtes von der Wählbarkeit zu Gemeindeämtern ausgeschlossen werden sollten.

Dieser Entwurf war für das ganze Königreich Bayern geschaffen worden; auf einen Antrag der Abgeordneten Kolb und von Soyer hin (I, 393) wurde dann die pfälzische GemO. von der rechtsrheinischen in dem besonderen Ausschuß abgetrennt.

In der ersten Lesung der rechtsrh. GemO. gab der besondere Ausschuß dem Art. 166 Abs. 4 folgende Fassung:

„Militärpersonen im aktiven Dienste oder im zeitlichen Ruhestande sind zu keinem Gemeindeamte wählbar."

Darauf erhielt Art. 166 Abs. 4 nach den von der Subkommission für die zweite Lesung vorbereiteten Beschlüssen (II, 362) die Fassung, die in beiden Gemeindeordnungen Gesetz geworden ist:

„Die der aktiven Armee und den besoldeten Stämmen der Landwehr angehörigen Militärpersonen, ferner zeitlich pensionierte Offiziere und Militärbeamte sind zu keinem Gemeindeamte wählbar."

Der Antrag der Abgeordneten Kolb und von Soyer — Entw. eines Gesetzes die GemO. für die Pfalz betreffend — enthält in Art. 110 Abs. 4 genau die Fassung der Subkommission (I, 405). Die zweite und dritte Lesung des besonderen Ausschusses (II, 508 und 553) wiederholen den von der Subkommission gewählten Wortlaut.

Die Begründung dieser Gesetz gewordenen Abänderung des ursprünglichen Regierungsentwurfes

findet sich in dem Protokolle über die Sitzung des besonderen Ausschusses vom 17. März 1868 VerhKdAbg. 1867/69, II. Abt., Prot. der Sitzungen des Ausschusses S. 580 und 81 (in der Folge mit II angeführt). Um die Bedeutung der Aenderung vollauf zu würdigen, darf nicht vergessen werden, daß dem besonderen Ausschuß drei Abgeordnete angehörten, die damals an den Hochschulen in München und Würzburg als Lehrer des öffentlichen Rechtes tätig waren, Dr. Pözl, Vorsitzender des Ausschusses, Dr. Edel, Berichterstatter des Ausschusses, und Dr. Brater.

Unter Bezugnahme auf die Fassung der ersten Lesung machte der Abgeordnete Urban darauf aufmerksam, daß darnach im Hinblick auf das neue Wehrgesetz — gemeint ist das bayer. Gesetz, die Wehrverfassung betr., vom 30. Januar 1868, GVBl. 262 — die in die Landwehr eingereihten Personen nicht wählbar seien. Auf die Bemerkungen des Ausschußvorsitzenden (Pözl), daß nur die aktiven Militärpersonen gemeint seien, fuhr Urban fort: Die Reservisten seien doch auch Angehörige der aktiven Armee, sie könnten sich verehelichen und ein Hauswesen begründen, seien aber nach der gegenwärtigen gesetzlichen Bestimmung von der Wahl zu Gemeindeämtern ausgeschlossen. Darauf erklärte der Abgeordnete Fischer: Es werde gut sein, wenn man sich im Wortlaut an die Ausdrucksweise des Wehrgesetzes anschließe; dann werde jeder Zweifel beseitigt werden. Materiell sei es ganz richtig, daß kein Grund bestehe, alle Landwehrmänner und Reservisten von den Gemeindeämtern auszuschließen. Hierauf erklärte der Ausschußvorstand: Bei der Schlußredaktion seien die Bestimmungen des Wehrgesetzes genau zu vergleichen; es müsse der Ausdruck so gewählt werden, daß kein Zweifel bestehen könne, dann werde auch das Bedenken des Herrn Abgeordneten Urban beseitigt sein. Auf die Bemerkung des Berichterstatters, daß man jedenfalls die Offiziere, welche bei der Landwehr seien und die zum Stand der Cadres gehören, ebenso die exponierten Bezirkslandwehrmajore darunter rechnen müsse, erwähnte Abgeordneter Fischer: Er rechne hierzu alle Angehörigen der aktiven Armee, dann alle zur Landwehr oder Reserve gehörigen Militärbeamten, welche in ständiger Funktion seien, endlich die bloß im zeitlichen Ruhestande befindlichen Offiziere und Militärbeamten.

Damit hat dieser Abgeordnete richtig diejenigen Militärpersonen zusammengefaßt, die nach der übereinstimmenden Meinung der Mitglieder des besonderen Ausschusses allein von der Wählbarkeit ausgeschlossen werden sollten. Nur der ständige oder berufsmäßige oder berufsmäßig gewesene Heeresdienst sollte die Wählbarkeit ausschließen. Darum hat man im Anschluß an den Art. 21 des oben erwähnten Gesetzes, die Wehrverfassung betreffend, den heute geltenden Wortlaut gewählt. Dieser Art. 21 lautet: „Die Offiziere der Landwehr werden aus den hierzu befähigten einjährigen Freiwilligen und Landwehrmännern entnommen. Die besoldeten Stämme an Offizieren, Unteroffizieren und Mannschaften können im Bedürfnisfalle der aktiven Armee entnommen werden.“ Nach Art. 1 WehrverfG. bestand die bewaffnete Macht des Königreichs aus dem stehenden Heere und der Landwehr. Das stehende Heer zerfiel in die aktive Armee und die Reserve.

Den gleichen Begriff der aktiven Armee, wie ihn das bayer. WehrverfG. aufgestellt hat, hat der besondere Ausschuß absichtlich und ausdrücklich für die beiden Gemeindeordnungen gewählt, ebenso den der besoldeten Stämme der Landwehr. Zur aktiven Armee zählte das bayer. WehrverfG. diejenigen, die ihre militärische Dienstzeit in den ersten drei Jahren im stehenden Heere erfüllen, und die berufsmäßig ihr angehörigen Militärpersonen. Während der nächstfolgenden drei Jahre Dienstzeit gehörten die Militärpersonen der Reserve an, hierauf traten sie zur Landwehr über (Art. 17—22 WehrverfG.). Darnach gehörten also die Reservisten und Landwehrmänner nicht zur aktiven Armee. Die Militärpersonen der Reserve und Landwehr sollten also zu Gemeindeämtern wählbar sein, ausgenommen wenn sie zu den besoldeten Stämmen der Landwehr gehörten, also ein ständiges militärisches Amt bekleideten.

In der Fassung, die ihnen der besondere Ausschuß gegeben hatte, wurden die Entwürfe der beiden Gemeindeordnungen Gesetz. In den späteren Verhandlungen des Landtages wurde keine abweichende Meinung mehr geäußert.

Aus dieser Entstehungsgeschichte und aus dem Wortlaute, die zusammenstimmen (vgl. RGZ. 66, 254 und 334; 67, 54), erhellt, daß das Gesetz niemals alle diejenigen Militärpersonen, die in dem RMilG. vom 2. Mai 1874 als zum aktiven Heere gehörig erklärt worden sind, der Wählbarkeit zu Gemeindeämtern hat berauben wollen, und daß es die nicht wählbaren Militärpersonen ganz genau umgrenzt hat. Ist dies aber der Fall, dann haben daran das Außerkrafttreten des bayer. WehrverfG. und sein Ersatz durch ein Reichsgesetz an dem Inhalt nichts ändern können. Das Reichsgesetz bestimmt den reichsrechtlichen Begriff des aktiven Heeres, die bayerischen Gemeindeordnungen aber ordnen für sich den landesrechtlichen, gemeinderechtlichen Begriff der aktiven Armee.

Deshalb gehen Seydel-Graßmann-Piloty, bayer. Staatsrecht I § 113 S. 588 und Wand, pfälz. GemO. S. 565 fehl, wenn sie zwar anerkennen, daß die Gemeindeordnungen an das bayerische Wehrverfassungsgesetz anknüpfen, den Begriff des aktiven Heeres aber nach dem jetzigen Reichsrechte bestimmen. Im Widerspruch mit dieser Auffassung führen Seydel-Graßmann-Piloty an der gleichen Stelle aus, daß die nunmehr bestehende Scheidung zwischen Militärbeamten und Zivil-

beamten nicht veranlaßt wäre, da die *Absicht* der Gemeindeordnungen auf beide Gattungen von Beamten gehe. Nach der einen Richtung soll also die Absicht der Gemeindeordnungen nicht gelten, nach der andern aber wohl. Diese Begründung ist durchaus widerspruchsvoll.

Kahr, GemO. II Art. 173 Anm. 12a S. 188 ff. will zwar die neue Heeresorganisation des Reiches *sinngemäß* auf Art. 173 Abs. 4 anwenden, macht aber aus der Entstehungsgeschichte den Vorbehalt, daß vorübergehend, sei es im Frieden oder in Kriegszeiten, zum Heeresdienst eingezogene Angehörige der Reserve und der Landwehr zu Gemeindeämtern wählbar seien. Das Ergebnis ist richtig, die Begründung aber unzutreffend. Man kann nicht den Standpunkt vertreten, daß der Begriff der aktiven Armee i. S. der GemO. sich nach dem RG. vom 2. Mai 1874 bemesse und im gleichen Atemzug davon eine so weitgehende Ausnahme machen. Ich wiederhole: Der Begriff der Militärpersonen der aktiven Armee und der besoldeten Stämme der Landwehr ist nach wie vor ein landesrechtlicher geblieben. Er wird einzig und allein durch die GemO. bestimmt. Die reichsrechtliche Ordnung der Wehrverfassung auch für Bayern hat auf die in Art. 173 Abs. 4 rechtsrh. GemO. und Art. 103 Abs. 3 pfälz. GemO. landesrechtlich festgestellten Begriffe gar keinen Einfluß geübt. Das bayerische Recht hat niemals die zum Kriegsdienst eingezogenen Angehörigen des *Beurlaubtenstandes* und des *Landsturmes* als Bestandteile der aktiven Armee erachtet und dabei hat es nach wie vor sein Bewenden. Darum sind alle diese Militärpersonen zu den Gemeindeämtern wählbar.

Auf dem Wege einer Auslegung des Gesetzes, wie sie allein vom Standpunkte der grundlegenden Auslegungsregeln möglich ist, kommt man zu diesem allein befriedigenden Ergebnisse. Jedes andere Ergebnis widerstreitet dem, was der Gesetzgeber von 1868 gewollt und in das Gesetz hineingeschrieben hat.

Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft.

Von Dr. **Hermann Wein**, Notariatspraktikant in München.

Die steuerrechtliche Behandlung der Gesellschaften mit beschränkter Haftung hat allmählich dahin geführt, andere Gesellschaftsformen zu wählen. Es kam zur Umbildung in die steuerrechtlich günstiger gestellten Kommanditgesellschaften, aber auch zur Umwandlung in Aktiengesellschaften. Die Steuerbelastung der AG. ist zwar so ziemlich die gleiche, wie die der G. m. b. H., aber die AG. hat den Vorzug der leichteren Beweglichkeit der Gesellschaftsbeteiligung, der stetigen Kontrollmöglichkeit durch die Kursnotizen, der größeren Publizität usw. Das GmbHG. regelt zwar die Umwandlung einer AG. in eine G. m. b. H. (§§ 80, 81), über die Umwandlung einer G. m. b. H. in eine AG. aber schweigt es. Die Wege, die hiezu in der Praxis eingeschlagen werden können, sollen nachfolgend besprochen werden[1]), und zwar unter Berücksichtigung der sich durch die Novelle zum Reichsstempelgesetz vom 3. Juli 1913 ergebenden Gebührenfragen und sonstiger praktisch wichtiger Gesichtspunkte:

I. Die Aktiengesellschaft wird im Wege der *Bargründung* errichtet. Die Gründer der AG. sind Gesellschafter der G. m. b. H. (mindestens aber fünf Personen); das Grundkapital der AG. wird zweckmäßiger Weise nicht niedriger genommen werden, als der Reinwert des G. m. b. H.-Vermögens ist; die Beteiligung der AG. wird man im gleichen Verhältnis gestalten, wie die Beteiligung an der G. m. b. H. Gegenstand des Unternehmens der AG. ist die Uebernahme und die Fortführung des Betriebs der G. m. b. H. Da der Gründungsplan von vorneherein darauf abzielt, die AG. auf der Grundlage des zu übernehmenden G. m. b. H.-Geschäftes zu betreiben, muß die Uebernahme des Geschäfts nach Maßgabe des § 186 II HGB. in den Gründungsvertrag aufgenommen werden. Die Gründung ist eine qualifizierte. Außer dem „Prüfungsbericht" (§ 192 I HGB.) muß deshalb auch ein „Gründerbericht", in welchem unter anderem die Betriebsergebnisse aus den beiden letzten Geschäftsjahren der G. m. b. H. anzugeben sind (§ 191 HGB.), und ein Revisorengutachten (§ 192 II, III ff. HGB.) erstattet werden.[2]) Unzulässig wäre es, die Gründung äußerlich als reine Bargründung erscheinen zu lassen und den Vorstand zu ermächtigen, das Geschäft der G. m. b. H. nach Registrierung der AG. zu kaufen; unzulässig wäre auch, das Geschäft im Wege der Nachgründung (§ 207 HGB.) zu erwerben.[3]) Die Folge solch eines Gründungsvorgehens wäre jedoch nicht die Nichtigkeit der Gründung, obwohl gegen § 186 HGB. verstoßen würde; denn ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nur dann nichtig, wenn sich aus dem Gesetze nichts anderes ergibt (§ 134 BGB.); aus § 186 IV und § 208 HGB. ergibt sich aber, daß eine Zuwiderhandlung gegen § 186 II HGB. nur besondere Schadenshaftungen und die heilbare Unwirksamkeit des Uebernahmevertrags, nicht dagegen die Ungültigkeit des Gründungsaktes als solchen zur Folge hat; ratsam ist deswegen aber solch ein unzulässiger Umweg keineswegs, nicht nur wegen der zivilrechtlichen Haftungen, sondern auch wegen der allenfallsigen kriminellen

---

[1]) Vgl. Staub-Hachenburg, GmbHG. 4. Aufl. S. 730, 731.

[2]) Vgl. ferner noch § 195 II Nr. 2, § 196 IV, V, § 313 Nr. 1 HGB.

[3]) Vgl. Staub, HGB. § 186 Anm. 9; § 207;



nach § 313 HGB. (vgl. LZ. 1912 S. 591; vgl. auch RG. vom 8. März 1912 VII 415/11 zu § 73 G. m. b. H., veröffentlicht in der LZ. 1912 S. 667 Nr. 51); außerdem kann und muß der Registerrichter die Eintragung ablehnen, wenn er von einer solchen Gesetzesumgehung Kenntnis erhält. Die Gründerverantwortung tragen die bisherigen Gesellschafter der G. m. b. H., nicht die G. m. b. H. selbst, da diese nicht Mitgründerin ist. Die Aktien können den Gründern sofort nach der Entstehung der Gesellschaft ausgehändigt werden, so daß sie alsbald verwertet werden können. Nach[4]) Eintragung der AG. im Handelsregister überträgt der Geschäftsführer der G. m. b. H. auf Grund des Uebernahmevertrags das ganze Geschäft der G. m. b. H. mit Aktiven und Passiven auf die AG. nach den für die Uebertragung der einzelnen Gegenstände gesetzlich vorgeschriebenen Formen. Dritte, insbesondere Lieferanten und Besteller werden den Uebergang und die Erfüllung durch die AG. für und gegen sich gelten lassen müssen, wenn nur die Rechtsform der Unternehmung geändert wird; das erfordert Treu und Glauben, sowie die Verkehrssitte; etwas anders wäre es natürlich, wenn die wirtschaftliche Art des Betriebes eine wesentliche Aenderung erführe. Nach der Uebertragung hat der Vorstand der AG. Inventur und Eröffnungsbilanz zu fertigen (§ 39 HGB.). Wird auch die Firma der G. m. b. H. mitveräußert, so muß die G. m. b. H., die ja zunächst noch fortbesteht (s. u.), eine andere Firma annehmen. Ob ohne Mitveräußerung der Firma die AG. die gleiche Firma annehmen kann nur mit dem unterscheidenden Zusatz „Aktiengesellschaft", erscheint zweifelhaft; richtiger dürfte sein, die Frage zu verneinen, da das Publikum, zu dessen Schutz in erster Linie der Gesetzgeber die firmenrechtlichen Bestimmungen schuf, den Unterschied zwischen G. m. b. H. und AG. nicht genügend auseinander zu halten pflegt, sich deshalb der Verschiedenheit der beiden Gesellschaften nicht bewußt wird und darum leicht irregeführt werden kann (a. M. Staub HGB. § 30 Anm. 5, KG. vom 26. November 1908, ZBlfG. 10, 79). Zur Veräußerung des Geschäfts im ganzen bedarf der Geschäftsführer (anders wie der Vorstand einer AG. § 303 HGB.) keiner besonderen Ermächtigung;[5]) in seinem Verhältnis nach innen wird er sich jedoch regelmäßig durch einen Beschluß der Gesellschafter decken oder schon gedeckt sein, wenn die Gesellschafter der G. m. b. H. identisch sind mit den Gründern der AG. Durch die Veräußerung des ganzen Geschäfts löst sich die G. m. b. H. im Gegensatz zur AG. (§ 303 HGB.) nicht von selbst auf; sie wird aber zweckmäßiger Weise, da ihre eigentliche Aufgabe erfüllt ist und sie nichts mehr besitzt als den Kaufpreis für die Geschäftsüberlassung oder die Kaufpreisforderung gegen die AG. in Liquidation treten. Der Liquidationsbeschluß als solcher bedarf keiner besonderen Form, jedoch einer Mehrheit von ³/₄ der abgegebenen Stimmen, soweit im Statut nichts anderes bestimmt ist. Wird der Liquidationsbeschluß zugleich mit dem Beschluß über die Annahme einer neuen Firma verbunden, so ist er wegen der in letzterer liegenden Statutenänderung notariell zu beurkunden (§ 53 II G. m. b. H.). Bei Beginn der Liquidation hat der Liquidator gemäß § 71 II G. m. b. H. eine Bilanz aufzustellen.

Für die Bareinzahlung der Aktienschuldigkeit und der Liquidationsdurchführung sind zwei Wege möglich:

a) Wird bei Gründung der AG. das bar zu zahlende Grundkapital sofort in voller Höhe geleistet, so wird normaler Weise die ganze Forderung der G. m. b. H. gegen die AG. aus dem Verkauf des Geschäfts alsbald bezahlt werden. Die G. m. b. H. in Liquidation darf jedoch diesen Erlös noch nicht ohne weiteres an ihre Gesellschafter verteilen, sondern es muß bei Meidung einer Haftung der Liquidatoren das Sperrjahr (§ 73 GmbHG.) abgewartet werden. Das Bargeld, das bei der Gründung der AG. aufzubringen war, muß nun mindestens ein Jahr liegen bleiben, bis es wieder in die Taschen fließen kann, aus welchen es gekommen ist.[6])

b) Um dies zu vermeiden, läßt sich im Gründungsvertrage bestimmen, daß die Gründer von ihren Bareinlagen nur ¼ vor der Registrierung einzuzahlen haben, daß der Rest nach Ablauf des Sperrjahres fällig ist, und daß gegen diese restige Aktiendeckungsschuldigkeit aufgerechnet werden kann mit einer gleich hohen Forderung der G. m. b. H. gegen die AG. aus der Geschäftsübereignung. Der § 221 HGB. verbietet nicht schlechthin die Aufrechnung gegen die Aktiendeckungsschuldigkeit, sondern schließt nur die einseitige Aufrechnung aus; ist die Aufrechnung vereinbart und insbesondere im Gesellschaftsvertrage enthalten, so ist ihre Zulässigkeit nicht zu bezweifeln.[7]) Damit aufgerechnet werden kann, muß die G. m. b. H. an ihre Gesellschafter von der Kaufpreisforderung, genauer: dem nach Abführung des eingezahlten Bareinlagenviertels verbleibenden Reste der Forderung gegen die AG., verhältnismäßige Teilbeträge abtreten. Diese Abtretung ist aber nur mit Wirkung ab Ende des Sperrjahres zulässig. In dieser Abtretung kann nicht etwa

[4]) Daß schon vor Registrierung der AG. der Uebertragungsakt insbesondere auch die Auflassung vorgenommen werden können, dürfte richtig sein (vgl. OLG. Colmar 25. Mai 1903 Staub, zu § 200 HGB., LZ. 1912 S. 378, 666 f., dagegen BayZfR. 1913 S. 21), ist aber nicht ganz unbestritten.

[5]) Ebenso Staub-Hachenburg, GmbHG. § 60 Anm. 29; a. M. Dorst, Der Kaufmann 1906 S. 373.

[6]) Freilich erscheint die Wiederanlage des Bargeldes z. B. in Wertpapieren, während der Sperrzeit, obgleich eine solche Verfügung streng genommen dem Liquidationszweck zuwiderläuft, nicht ausgeschlossen, hat aber als Notbehelf doch immer Schattenseiten.

[7]) Vgl. Staub, HGB. zu § 221.



eine Schenkung, die einer Schenkungssteuer unterläge, erblickt werden, sondern nur ein nicht besonders zu besteuernder Liquidationsvorgang. Auf diese Weise macht nur 1/4 des Grundkapitals den ein Jahr lang dauernden Kreislauf. Der unnütze Bargeldumlauf dieses Viertels läßt sich wohl nicht vermeiden (vgl. aber den verwandten Weg unter IV); wenn nämlich der Gründungsvertrag die Abtretung des ganzen Kaufpreises an die Gesellschafter und die Aufrechnung von deren Zessionsforderungen gegen ihre ganze Bareinlageschuldigkeit vorsähe, so könnte die AG. nicht vor Ablauf des Sperrjahres im Handelsregister eingetragen werden; denn, wie gesagt, erst nach dem Sperrjahre ist die Aufrechnung möglich, bis dahin also die Einlageschuldigkeit auch nicht teilweise (25 %) gedeckt; es könnte deshalb die durch zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit gesicherte Versicherung nach § 195 III HGB. nicht abgegeben werden, welche Voraussetzung der Registrierung ist. Eine so lange Hinausschiebung der Registrierung wäre aber insbesondere mit Rücksicht auf die persönliche Haftung der bis dahin Handelnden (§ 200 HGB.) für die Praxis nicht geeignet (über Beendigung dieser Haftung vgl. JW. 1912 S. 115).

Gebührenrechtlich ist zum Fall I folgendes zu bemerken: Der reine Errichtungsakt der AG. kostet 4 1/2 % (gemäß Tarif A 1 a der Nov. z. RStempG.). Wird das Grundkapital nicht sofort voll geleistet, so ist auf Antrag der Stempel zunächst nur aus dem eingezahlten Teilbetrag zu entrichten (Tarif A 1 a b Anm. 2). Für die Geschäftsübernahme im Gründungsvertrag sind zu entrichten: soweit Immobilien oder Ansprüche auf Immobilien zum übernommenen Geschäft gehören, die Immobiliarabgaben (nach Tarif A Nr. 1 d 1, 3, 4, neben welchen die landesgesetzlichen Gebühren bestehen, § 7 I 2, 3 des Ges.), soweit Patentrechte ꝛc. in Betracht kommen 2/3 % (Tarif A 1 d 2), soweit sonstige bewegliche Werte übernommen werden 1/3 % (Tarif A 1 d) und soweit andere Forderungen Gegenstand der Uebernahme sind 1/2 ‰ (Tarif A 1 d am Schluß.[8]) Hiezu kommen, wie auch in den nachfolgenden Fällen, die Notariatsgebühren, die Gebühren für die Eintragungen (Löschungen) im Handelsregister und die Kosten für den Druck der Aktien. Hiegegen werden die 3/10 ‰ nach Tarif A 4 a 3 (für die Aktienzuteilung, Aktienübernahme) angerechnet auf die obigen 4 1/2 % gemäß § 7 letzter Abs. RStempG. (strittig), wie auch das 1 % für den Gewinnanteilscheinbogen (Tarif 3 A a) bei der Gründung noch nicht in Ansatz kommt, wenigstens dann, wenn der Bogen für höchstens 10 Jahre ausgegeben wird (Tarif 3 A a Befreiungsvorschrift Nr. 3). Für die Auflösung der G. m. b. H. als solche entstehen keine Gebühren; nur im Falle der Verbindung mit Statutenänderung sind die für solche Beurkundungen zu entrichtenden landesgesetzlichen Gebühren anzusetzen.

II. Die G. m. b. H. als solche **tritt als Gründerin** bei Errichtung der AG. **auf** in Gemeinschaft mit wenigstens 4 anderen Personen. Die Gründung vollzieht sich diesfalls überwiegend im Wege der **Sacheinlage** (§ 186 II HGB.), ist also wiederum qualifizierte Gründung (s. o.). Die G. m. b. H. bringt ihr ganzes Geschäft mit Aktiven und Passiven in die AG. ein und deckt durch diese Einbringung ihre Aktienschuldigkeit; für diese Einlage erhält sie eine ihrem Nettowerte entsprechende Anzahl Aktien. Die Gründerverantwortung haben die G. m. b. H. und ihre Konsorten, nicht aber ihre Gesellschafter als solche zu tragen. Die strafrechtliche Gründerverantwortung der G. m. b. H. lastet auf den handelnden Geschäftsführern. Auch zu der vorerwähnten Sacheinbringung und Entfaltung der Gründertätigkeit bedarf der Geschäftsführer nach außen keiner besonderen Ermächtigung. Auch in diesem Fall wird die G. m. b. H. durch die Entäußerung ihres Vermögens nicht von selbst aufgelöst und die G. m. b. H. tritt nach Registrierung der AG. in Liquidation. Die G. m. b. H. besitzt nunmehr an Stelle ihres Geschäfts eine entsprechende Anzahl von Aktien. Jedoch kann die G. m. b. H. ihr Portefeuille mit Aktien nicht sofort ausschütten und diese unter ihre bisherigen Gesellschafter verteilen, sondern es muß wiederum das Sperrjahr abgewartet werden. Bis dahin sind also die Gesellschafter der G. m. b. H. in der Verwertung der ihnen nach der Liquidation zukommenden Aktien behindert. Nach Ablauf des Sperrjahres wären eigentlich die Aktien zu versilbern, da nach § 70 G. m. b. H. die Liquidatoren das Vermögen der G. m. b. H. in **Geld** umzusetzen haben; allein es kann keinem Zweifel unterliegen, daß bei Zustimmung der Gesellschafter die Verteilung des Gesellschaftsbesitzes, d. i. der Aktien, auch in natura an die Gesellschafter vorgenommen werden kann; diese Zuteilung unterliegt dem Schlußnotenstempel von 3/10 ‰ (Tarif A 4 a 3). Im übrigen sind die Gebühren die gleichen wie im Falle I; Zessionsgebühren (s. Fußnote 8) fallen natürlich weg.

III. Die Gesellschafter der G. m. b. H. gründen die AG. in der Art, daß sie ihre **Geschäftsanteile** in die AG. **einlegen**, so daß diese die alleinige Gesellschafterin der G. m. b. H. wird. Auch hier ist die Gründung eine qualifizierte (§ 186 HGB.); der „Gründerbericht“ wird aber in diesem Falle keine Angabe über die Betriebserträgnisse der G. m. b. H. in den beiden letzten Jahren zu enthalten brauchen, da kein „Unternehmen auf die AG. übergeht“, sondern nur die Geschäftsanteile;[9]) dagegen werden

[8]) Wird die nach I b in Frage kommende Kaufpreisforderungs-Abtretung in den notariellen Akt aufgenommen, so kommen hiefür die landesgesetzlichen Zessionsgebühren in Frage; in den meisten Fällen wird man sich jedoch mit einer gebührenfreien Konstatierung der außerhalb des notariellen Aktes liegenden privaten Abtretung helfen können.

[9]) Wenn freilich der Erwerb und die Fortführung des Betriebs der G. m. b. H. durch die AG. als solche (also nicht mehr durch die bisherige G. m. b. H.) schon

auch hier die Revisoren die Vorlegung der letzten Bilanzen verlangen können. Die Gründerverantwortung lastet auf den Schultern der bisherigen G. m. b. H.-Gesellschafter. Die Hinausgabe der Aktien an die Gründer kann sofort nach Registrierung der AG. erfolgen. Nach Eintragung der AG. in das Handelsregister besteht sowohl die AG., wie auch noch die G. m. b. H. Letztere ist unverändert, da ein Wechsel im Besitz der Geschäftsanteile für den rechtlichen Bestand der G. m. b. H. belanglos ist. Erstere ist zunächst nur eine Finanzgesellschaft, die lediglich Geschäftsanteile besitzt und verwaltet. Auf die Dauer wird jedoch diese Doppelexistenz in der Regel nicht rätlich sein und zwar in erster Linie wieder aus Steuergründen, die auch hier auf die Gestaltung der Gesellschaftsverhältnisse entscheidenden Einfluß haben. Würden nämlich beide Gesellschaften nebeneinander bestehen, so würden wohl in den meisten Bundesstaaten beide besteuert werden und außer ihnen auch noch die Aktionäre. Zur Verhütung dieses dreifachen Steuerdrucks hat man schon den Ausweg gewählt, daß die G. m. b. H. ihren ganzen Besitz der AG. zur Benützung überließ und zwar unentgeltlich, so daß die G. m. b. H. selbst kein Einkommen hatte und deshalb auch mit keiner Einkommen- oder Ertragsteuer veranlagt werden konnte. Allein dies dürfte nicht unbedenklich sein. Bilden auch wirtschaftlich die beiden nebeneinander existierenden Gesellschaften nur ein Unternehmen, so kann es doch leicht sein, daß sie rechtlich, insbesondere steuerrechtlich, als verschiedene Subjekte betrachtet werden. Es könnte in der unentgeltlichen Benützungs- und Nutzungsüberlassung eine liberale Zuwendung der einen Gesellschaft an die andere erblickt werden, die der Schenkungssteuer unterliegt. Aehnliches gilt natürlich auch, wenn die G. m. b. H. zwar nicht ganz unentgeltlich, aber doch zu einem unverhältnismäßig niedrigen Preis ihr Vermögen der AG. „vermietet" oder „verpachtet". Mitunter werden von der G. m. b. H. nur die unbeweglichen Besitzgegenstände der AG. zur (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Benützung überlassen, dagegen die beweglichen auf die AG. zu Eigentum übertragen; denn letzterer Rechtsvorgang vollzieht sich regelmäßig gebührenfrei, während die Uebereignung der Immobilien hohe Kosten verursachen würde. Aber auch diese Sachbehandlung ist nicht zu empfehlen. Verbleibt nämlich der G. m. b. H. nur ihr Immobiliarbesitz, so erschöpft sich ihre Aufgabe in dessen Verwaltung. Damit hat sich — von den Terraingesellschaften abgesehen — der Gegenstand des Unternehmens geändert, weshalb auch eine Sachfirma der G. m. b. H. entsprechend umzuändern ist. Aber nicht nur das. Die G. m. b. H. ist zur Immobiliengesellschaft geworden; nach dem neuen RStempG. sind aber für Immobiliengesellschaften m. b. H., auch wenn sie erst nachträglich diesen Charakter annehmen, 5 % Stempel oder die Differenz bis zu diesem Satze nachzuerheben (Tarif A I b). Sicherer wird man gehen, wenn die G. m. b. H. ihr ganzes Vermögen der AG. zu Eigentum übergibt und zwar nicht unentgeltlich, sondern um den tatsächlichen Wert. Die Bezahlung dieses Wertes braucht ja nicht sogleich zu geschehen, sondern kann gestundet werden (zinslos?) bis zur Liquidation der G. m. b. H., um dann aufgerechnet zu werden mit dem Liquidationsanspruch der AG. als einziger Gesellschafterin der G. m. b. H. Allerdings wird im letzteren Falle die Bilanz der AG. unschön ausfallen, da die AG. diese gestundete Schuld an die G. m. b. H. unter die Passiven einsetzen muß. Es wird deshalb auch im Falle III regelmäßig gut sein, die Liquidation der G. m. b. H. bald und voll durchzuführen.

Ein Vertrag, durch welchen die Verpflichtung eingegangen würde, das ganze Vermögen der G. m. b. H. auf die AG. zu übertragen, bedürfte der Form des § 311 BGB.; in der Regel werden jedoch nur die Erfüllungsakte in den hiefür vorgeschriebenen Formen vorgenommen werden, was auch genügen dürfte (vgl. DNotVZ. 1912 S. 22).

Vom Gebührenstandpunkt aus ist im Falle III folgendes zu sagen: Zunächst haben wir wieder $4\frac{1}{2}$ % Errichtungsstempel, ferner für die Einbringung der Geschäftsanteile noch 2 ‰ (Tarif A I e 1); dagegen unterliegt im Gegensatz zu I und III, wo die Geschäftsübernahme bzw.-Einlage ganz, wenn auch nach verschiedenen Sätzen zu bewerten war, im Falle III die spätere Geschäftsübertragung einer Gebühr nur insoweit, als Uebertragungsakte in Frage kommen, die nach allgemeinen Bestimmungen stempelpflichtig sind (Immobilien, Geschäftsanteile); also entstehen hier insbesondere für die Uebereignung der beweglichen Maschinen, Warenvorräte, Forderungen ꝛc. keine weiteren Kosten.[10]) Andrerseits aber ist im Falle III bei Vorhandensein von Grundbesitz an den Stempel zu denken, der nach manchen Landesgesetzen im Falle der Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile in einer Hand anfällt (vgl. z. B. BayGebG. Art. 258 a — Gebührenäquivalent i. e. S.). —[11])

IV. Gleichzeitig mit der Errichtung der AG. tritt die G. m. b. H. in Liquidation. Die Ge-

im Gründungsstadium Gegenstand fester vertraglicher Abmachung, nicht nur unbestimmter künftiger Pläne ist, dann wird neben der Einlage der Geschäftsanteile der Erwerb des G. m. b. H.-Geschäftes in den Gründungsvertrag aufzunehmen sein (s. o. unter I); dann kann auch die Angabe über die Betriebserträgnisse der G. m. b. H. in den beiden letzten Jahren nicht unterbleiben.

[10]) Es sei denn, daß die Geschäftsübernahme durch die AG., wie oben erwähnt, einen wesentlichen Bestandteil des Gründungsvertrags bildet und deshalb ganz in ihn aufzunehmen ist, in welchem Fall die Geschäftsübernahme wie unter I und II zu bewerten ist und zwar neben der Bewertung der Geschäftsanteilsübernahme.

[11]) Ueber die Wertzuwachssteuerfrage (§ 3 des Ges.) vgl. JW. 1913 S. 79 ff.

sellschafter der G. m. b. H. legen als Gründer der AG. ihre Ansprüche auf den Liquidationserlös ein. Die Gründung ist auch in diesem Falle qualifiziert, weil Sachgründung; für die Gründung verantwortlich sind wiederum die G. m. b. H.-Gesellschafter; sie können auch hier sofort nach Registrierung der AG. über ihre Aktien verfügen. Der Liquidator der G. m. b. H. wird alsbald das gesamte Vermögen der G. m. b. H. auf die AG. übertragen, wozu er ebenso wie der Geschäftsführer ohne besondere Ermächtigung befugt ist. Der Preis für die Geschäftsüberlassung wird aufgerechnet werden gegen die in der Hand der AG. vereinigten Liquidationserlösansprüche der bisherigen Gesellschafter.

Die Gebühren stellen sich ebenso, wie im Falle III, mit der Maßgabe, daß an Stelle der 2 ‰ für die Geschäftsanteilseinlage nur 1/2 ‰ für die Einbringung der Liquidationserlösforderung zu verrechnen ist; außerdem wird in diesem Falle kein sog. Gebührenäquivalent anfallen.

Wollen nicht sämtliche Gesellschafter der G. m. b. H. sich bei der Umwandlung beteiligen, so werden diejenigen, welche nicht mitwirken wollen, vor Beginn der Transaktion ihre Geschäftsanteile an andere Gesellschafter abtreten, welche für die Umformung sind, und es gilt dann wieder das oben Gesagte. Oder wenn der Weg unter III gewählt wird, können die Gesellschafter, welche gegen die Umgestaltung sind, ihre Geschäftsanteile, anstatt sie einzulegen, von der zu errichtenden AG. gegen Barzahlung übernehmen lassen. Aeußersten Falles muß den nicht mithaltenden Gesellschaftern bei Beendigung der Liquidation ihr Anteil an dem Vermögen der G. m. b. H. hinausbezahlt werden. Hinauszahlungen an nicht mitwirkende Gesellschafter können natürlich auch die Höhe des Grundkapitals der AG. beeinflußen.

Welcher Weg zur Ueberleitung einer G. m. b. H. in eine AG. einzuschlagen ist, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles entschieden werden. Bei jeder Konstruktion ergeben sich Umständlichkeiten und Zeitverluste. Es wäre daher zu wünschen, daß das Gesetz die Umbildung ebenso erleichtert, wie den Uebergang von der AG. zur G. m. b. H. Das Bedürfnis hiefür ist vorhanden. Abhilfe aber wäre leicht zu schaffen. In das GmbHG. ließe sich wohl folgender § 81a einfügen:

„Die §§ 80, 81 finden entsprechende Anwendung auf die Umwandlung einer G. m. b. H. in eine AG." — Damit wäre wenigstens das liquidationslose Verfahren erreicht, ein Fortschritt, den die Praxis dankbar begrüßen würde.

Kleine Mitteilungen.

Berechnung der Strafzeit, wenn der Verurteilte auf Grund des § 489 StPO. verhaftet wurde. Das bayer. ObLG. hat in seinen Beschlüssen vom 20. Januar 1909 (ObLGEntsch. Bd. 9 S. 157) und vom 23. Mai 1913 (ObLGEntsch. Bd. 13 S. 233) im Grundsatz an seiner früheren Ansicht[1]) festgehalten, daß „der Beginn der Strafe erst von dem Augenblick an zu berechnen ist, in dem der Verurteilte in den Ort der Strafvollstreckung eingeliefert worden ist". Diese Ansicht dürfte nach wie vor bedenklich sein, wenn sie auch jetzt eingehender begründet ist als früher.

Das ObLG. erwägt bei den genannten Entscheidungen folgendes:

„Die Haft, die ein Verurteilter auf Grund des § 489 StPO. erleidet, ist nicht Strafhaft sondern Schubhaft, also Polizeihaft, sie geht regelmäßig erst mit der Ablieferung an die für die Strafe bestimmte Strafanstalt in Strafhaft über. Sonach ist die Strafvollstreckungsbehörde nicht verpflichtet, die bis zur Ablieferung erlittene Haft auf die Strafe anzurechnen. Sie ist aber berechtigt, die Schubhaft wenigstens teilweise auf die Strafe anzurechnen, wenn besondere Billigkeitsgründe vorliegen, nämlich insoweit als sie „den Zeitraum überschreitet, der unter gewöhnlichen Verhältnissen und Umständen zur Ausführung einer Verschubung vom Orte der Festnahme bis zum Sitze des Gefängnisses" — gemeint ist die Strafvollzugsanstalt — „erforderlich ist".

I. Polizeihaft (Schubhaft) oder Strafhaft[2])?

Die hier zu besprechenden Fälle sind — in Bayern wenigstens — nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Es bestimmen nur die Art. 23 ff. AG. StPO., in welchen Anstalten die verschiedenen Freiheitsstrafen zu verbüßen seien; diese Bestimmungen sind aber wohl nur als eine Art Ordnungsvorschriften zu verstehen, haben wohl auch nur den Regelfall im Auge, daß der Verurteilte seine Strafe freiwillig antritt. Jedenfalls hätte es genügend deutlich ausgedrückt werden müssen, wenn sie so zu verstehen sein sollten, daß nur die in den vorgeschriebenen Strafanstalten verbrachte Zeit als Strafhaft betrachtet und behandelt werden dürfe. Man wird also wohl sagen müssen: „Aus den Art. 23 ff. a. a. O. läßt sich nichts folgern, weder für die grundsätzliche Ansicht des ObLG. noch für die gegenteilige, daß die Strafzeit bereits von der Aufnahme in ein Gerichtsgefängnis oder genügend sicheres Polizeigefängnis an zu berechnen sei." Weil aber das Gesetz nicht zum Gegenteil zwingt, wird sich die Strafvollstreckungsbehörde und im Falle des § 490 StPO. der Richter wohl der das Grundrecht der persönlichen Freiheit[3]) mehr achtenden Auffassung anschließen müssen,

[1]) Vgl. ObLGEntsch. Bd. 2 S. 159, Bd. 3 S. 407, Bd. 5 S. 53.

[2]) An sich sind selbstverständlich beide Auffassungen möglich, und da die richterlichen Entscheidungen letzten Endes Willensakte sind, so kommt es auf die zu Papier gebrachten Gründe schließlich gar nicht so viel an. Für die Auffassung als Strafhaft vgl. Käb in SeuffBl. Jhrg. 1906 S. 56. Uebrigens sei von vornherein bemerkt, daß mit den hier zu machenden Ausführungen durchaus nicht einer allzu nachsichtigen Strafrechtspraxis, sondern nur einer möglichst freiheitlichen Gesetzesauslegung das Wort gesprochen werden soll.

[3]) Das ObLG. spricht selbst davon (Bd. 9 S. 160),

die sich kurz etwa folgendermaßen begründen läßt: „Die Verhaftung gemäß § 489 StPO. erfolgt auf Grund eines rechtskräftigen, auf Freiheitsstrafe lautenden Urteils und dient seinem zwangsweisen Vollzuge. In Vollzug gesetzt aber ist ein solches Urteil, sobald Freiheitsentziehung in irgendeinem gegen Entweichung genügend sicheren Gefängnis vorliegt, also z. B. in einem Gerichtsgefängnis oder einem entsprechenden Polizeigefängnis. Von diesem Zeitpunkt an kann also auch nicht mehr von Polizeihaft — nämlich Schubhaft — gesprochen werden."

Das ObLG kommt ja auch selbst in den eingangs erwähnten Beschlüssen — allerdings nur aus Rücksichten der Billigkeit im Hinblick auf die Besonderheiten des einzelnen Falles — dazu, wenigstens einen Teil der im Amtsgerichtsgefängnis zugebrachten Zeit auf die Strafzeit anzurechnen. Also muß es doch von der Anschauung ausgehen, daß auch Amtsgerichtsgefängnisse an sich geeignet seien, auch den auf Vollzug einer länger dauernden Freiheitsstrafe gerichteten staatlichen Strafanspruch — wenigstens teilweise — zu verwirklichen. Bei den eingangs erwähnten Beschlüssen lagen Fälle von auffallend großen Zwischenräumen zwischen Einlieferung in das nächste Amtsgerichtsgefängnis und Ablieferung an die Strafvollzugsanstalt zugrunde. In dem einen Falle hatte sich die Ablieferung durch Krankheit des Verurteilten, in dem andern durch die inmitte liegenden Osterfeiertage erheblich verzögert. Immerhin hat das ObLG. in dem einen Falle noch etwa 24 Stunden, in dem andern sogar dreieinhalb Tage der amtsgerichtlichen Inhaftierung auf die Strafzeit nicht angerechnet. Gerade aber solche Fälle, wo zur Vermeidung „einer unbilligen Härte" an der grundsätzlichen Ansicht nicht streng festgehalten werden kann, legen die Frage nahe, ob denn die grundsätzliche Ansicht überhaupt richtig ist. Und da wird man wohl sagen müssen: Polizeihaft darf nur da angewendet werden und von Polizeihaft darf nur da gesprochen werden, wo auf andere Weise die Staatszwecke nicht oder nur unter erheblichen Weitschweifigkeiten erreicht werden könnten. Der hier zu erreichende Staatszweck ist Freiheitsentziehung auf Grund eines rechtskräftigen, auf Strafe lautenden Urteils. Dieser Staatszweck ist aber schon erreicht, sobald sich der Verhaftete überhaupt in sicherem Gewahrsam befindet, nicht erst wenn er in die Strafanstalt eingeliefert ist. Mit diesem Verbringen in sicheren Gewahrsam schon ist doch wohl „der widerspenstige Sinn des Verurteilten gebrochen und der staatliche Strafanspruch verwirklicht" (ObLGEntsch. Bd. 9 S. 158). Denn — jetzt einmal ein zweifelsfrei feststehendes Verschulden des Verurteilten bei Nichtbefolgung der Ladung zum Strafantritt angenommen — wer der Ladung zum Strafantritt keine Folge leistet, sagt ja damit nicht: „Ich will mich nur in der Strafanstalt X nicht stellen, wo anders würde ich die Strafe antreten", sondern er will überhaupt keine Freiheitsentziehung auf sich nehmen; seine Widerspenstigkeit ist also besiegt, wenn er überhaupt, gleichviel wo, sicher hinter Schloß und Riegel sitzt. Es ist daher auch nicht einzusehen, warum die hier fragliche Freiheitsentziehung „nicht die Eigenschaft einer Strafe" haben sollte. Diese Eigenschaft hat sie sicher, nur will sie das ObLG. gewissermaßen als

daß die §§ 482, 493 StPO., 60 StGB. vom Geiste des favor libertatis getragen seien; warum sollte dies dann nicht auch für § 489 StPO. gelten?

Strafe für ein besonderes Verschulden des Verurteilten angesehen wissen. Davon im folgenden.

II. Strafe für Ungehorsam gegenüber der Ladung zum Strafantritt oder für Erregung von Fluchtverdacht?

Das ObLG. sagt (Bd. 9 S. 158): „Der Verurteilte hat es seinem Ungehorsam gegenüber der Ladung zum Antritt der Strafe oder seinem Verhalten, das den Verdacht der Flucht begründete, zuzuschreiben, wenn er behufs der Strafvollstreckung festgenommen und zwangsweise in das Gefängnis (die Strafanstalt) eingeliefert wird; er hat die Entziehung der Freiheit, die mit der Festnahme und der Ausführung der Zwangsmaßregel der Einlieferung in den Ort der Vollstreckung verknüpft ist, selbst verschuldet. Diese Entziehung beruht auf dem Gesetze (§ 489 StPO.) und ist eine vom Gesetze gewollte Zwangsmaßregel, ohne die in vielen Fällen der widerspenstige Sinn eines Verurteilten nicht gebrochen und der staatliche Strafanspruch nicht verwirklicht werden könnte." Das ObLG. fußt also auf einem angeblichen Verschulden des Verurteilten. Allein von einem solchen wird man doch wohl nicht gut reden können, wenn weiter nichts feststeht, als daß der Verurteilte der Ladung zum Strafantritt keine Folge geleistet hat. Abgesehen von den nicht seltenen Fällen, wo der Verurteilte das nötige Reisegeld nicht besitzt und deshalb die Zwangsreise vorzieht, ist es wohl auch grundsätzlich verkehrt, einem Verurteilten einen Vorwurf daraus zu machen, daß er es auf das äußerste ankommen läßt und erst den Zwang zum Strafantritt abwartet. Dazu sind die staatlichen Zwangsmittel da, damit von ihnen im gegebenen Falle Gebrauch gemacht werde. Es dürfte nicht angehen, jemanden bloß deswegen, weil er den Staat zur Anwendung seiner Zwangsmittel nötigt, in Strafe zu nehmen, d. h. in den hier fraglichen Fällen die Freiheitsentziehung zu verlängern. Die Sache ist hier vielleicht ähnlich gelagert wie bei dem in der Hauptverhandlung leugnenden Angeklagten, dem man nicht etwa das Leugnen als straferschwerenden Umstand anrechnen darf.[4]) So gut der Angeklagte das „Recht" hat, zu leugnen, ebensogut hat der Verurteilte das „Recht", der Ladung zum Strafantritt keine Folge zu leisten. Besonders verständlich wird dies sein, wenn der Verurteilte — der z. B. nur auf Indizien hin verurteilt wurde — tatsächlich unschuldig ist, also sachlich zu unrecht seine Strafe absitzen muß. Im übrigen aber ist eben doch bei vielen Menschen der Freiheitsdrang größer als die Bereitwilligkeit, behördlichen Anordnungen Folge zu leisten. Dann wird eben der staatliche Zwang ausgelöst und damit ist die Sache erledigt.

Nicht anders steht es mit der Verhaftung wegen Fluchtverdachts. Eine solche Verhaftung zum Zwecke des Strafvollzugs erfolgt ja eben deshalb, weil die Strafvollstreckungsbehörde von vornherein annimmt, daß eine Ladung zum Strafantritt ohne Erfolg sein werde. Die obigen Ausführungen für den Fall des Ungehorsams gegen die Ladung gelten auch hier. Es kommt vielleicht hier sogar noch weiter in Betracht, daß naturgemäß die Entschließung der Strafvollstreckungsbehörde sehr rasch getroffen werden muß, daß sich aber der Fluchtverdacht bei näherem Zu-

[4]) Vgl. Räb in dieser Zeitschrift Jahrgang 1907 S. 467 ff.



sehen als unbegründet erweisen könnte. Diese Möglichkeit wird es in solchen Fällen wohl erst recht angezeigt erscheinen lassen, die Schubhaft schon von dem Zeitpunkt der Aufnahme in ein Gerichtsgefängnis oder sicheres Polizeigefängnis an auf die Strafe anzurechnen.

Die vom ObLG. beigebrachten Gründe dürften also doch wohl nicht hinreichen, um die daraus gezogene Schlußfolgerung zu rechtfertigen. Bei der Mittelmeinung wie sie dieses Gericht nunmehr vertritt, handelt es sich ja ohnedies immer nur höchstens noch um einige Tage, die nicht angerechnet werden könnten; gesetzlich geregelt sind die hier fraglichen Fälle nicht; also besteht wohl kein Hindernis, auch noch diese wenigen Tage auf die Strafe anzurechnen.

Die Entscheidung auf ein **Verschulden** des Verurteilten zu gründen hat auch deshalb etwas Mißliches, weil bei Zugrundelegung der Anschauung des ObLG. die Strafvollstreckungsbehörden wohl verpflichtet wären, ein Verschulden des Verurteilten festzustellen, ehe sie die Strafzeitberechnung vornehmen. Denn der ganze Strafvollzug wird ja von Amts wegen betrieben. Es müssen also zum mindesten naheliegende Umstände festgestellt werden, die für die Strafzeitberechnung von Belang sein können, wie insbesondere auch der Umstand, ob der Verurteilte nicht nur wegen Mangels des Reisegelds der Ladung zum Strafantritt keine Folge geleistet hat.[6]) Es könnte sich dann ergeben, daß die Ausnahmen von dem Grundsatz — daß die Strafe erst mit der Einlieferung in die betreffende Strafanstalt beginne — so zahlreich werden würden, daß man sie als die tatsächliche Regel betrachten könnte. Dieser Umstand würde ja allerdings an sich nicht maßgebend sein, aber er gibt doch wohl einen kleinen Fingerzeig, in welcher Richtung die auch den Bedürfnissen der Praxis am meisten entsprechende Ansicht zu suchen sei.

III. Sinngemäße Anwendung des § 482 StPO.

Die Strafprozeßordnung ist — das kann wohl nicht bestritten werden — ein etwas lückenhaftes Gesetz, und so gut sich die Praxis schon damit geholfen hat, zur Ausfüllung vorhandener Lücken Bestimmungen der ZPO. heranzuziehen, ebensogut muß es auch zulässig sein, Bestimmungen der StPO. selbst in geeigneten Fällen entsprechend anzuwenden. Hier nun kommt § 482 in Betracht. Die hilfsweise Heranziehung dieser Gesetzesstelle muß aber m. E. dazu führen, daß auf die Strafzeit auch die auf Grund des Haftbefehls erfolgte Verwahrung in einem Gerichtsgefängnis oder gleich sicheren Polizeigefängnis **unverkürzt** anzurechnen ist. Von Untersuchungshaft kann allerdings im Falle des § 489 nicht mehr gesprochen werden, weil ja nichts mehr zu untersuchen ist, aber es handelt sich doch — wie bei der Untersuchungshaft — um eine Freiheitsentziehung, die im Interesse der raschen und sicheren Durchführung des staatlichen Strafanspruchs verhängt wird; hier wie dort soll durch die Freiheitsentziehung die angenommene Fluchtgefahr — diese kommt wenigstens in der weitaus größten Zahl der Fälle in Betracht — beseitigt werden. Ist der Verurteilte auf Grund des § 489 in sicheren Gewahrsam verbracht, so ist die Fluchtgefahr beseitigt. Ein anderes Hindernis steht dem Strafvollzug auch nicht entgegen, da ja das Urteil rechtskräftig ist. Eine besondere Vorschrift entsprechend § 482 ist eben für die Fälle des § 489 wohl deshalb nicht erlassen worden, weil der Gesetzgeber es als selbstverständlich erachtet hat, daß diese Haft — da ja bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt — auch ohne weiteres auf die Strafe angerechnet werde.[7]) Bei dieser Freiheitsentziehung darf es also ebensowenig wie bei der Untersuchungshaft im Falle des § 482 darauf ankommen, ob die Freiheitsentziehung in der „zuständigen" Strafanstalt stattfindet. Sowohl die Untersuchungshaft als auch die Polizeihaft nach § 489 — jetzt angenommen, daß es sich wirklich um Polizeihaft und nicht um Strafhaft handle — sind tatsächliche, vom Staate verhängte Freiheitsentziehungen. Der innere Grund, warum die Untersuchungshaft nach § 482 angerechnet werden **muß**, ist offenbar der, daß vom Standpunkt des Angeklagten aus — weil er sich dem Urteil unterworfen hat oder die Rechtsmittelfrist verstrichen ist — die Strafhaft bereits beginnen könnte. Im Falle des § 489 könnte aber — da ein rechtskräftiges Urteil vorliegt — nicht nur vom Standpunkte des Verurteilten aus, sondern auch vom Standpunkte des Staates aus die Strafhaft bereits beginnen, also **muß** auch die „Polizeihaft" nach § 489 **unverkürzt** auf die Strafe angerechnet werden.

Das ObLG. spricht auch selbst (Bd. 9 S. 160 oben) von analoger Anwendbarkeit der §§ 482, 493 StPO. und des § 60 StGB.; in Wirklichkeit wendet es aber nur den § 60 StGB. („**kann** angerechnet werden") sowie den § 493 StPO. (der allerdings schon die Worte: „ist anzurechnen" gebraucht) analog an, nicht aber den § 482 StPO., der **unverkürzte** Anrechnung vorschreibt, es also nicht in das pflichtmäßige Ermessen der Strafvollstreckungsbehörde oder — im Falle des § 490 StPO. — des Richters stellt, ob sie etwas und wieviel sie anrechnen wollen. Von einer unverkürzten Anrechnung kann aber nur dann gesprochen werden, wenn die ganze Zeit von der Einlieferung in ein Gerichts- oder sicheres Polizeigefängnis an auf die Strafe angerechnet wird.

Das Ergebnis ist also folgendes: Entweder ist die Haft auf Grund des § 489 StPO. **Strafhaft**, dann ist die Anrechnung auf die Strafe selbstverständlich. Aber auch wenn sie Polizeihaft ist, **muß** die Anrechnung erfolgen auf Grund des sinngemäß anzuwendenden § 482 StPO.

Amtsrichter Dr. **Käb** in Neumarkt i. O.

---

[6]) Die Strafvollstreckungsbehörden werden schon deshalb sehr peinlich vorgehen müssen, damit sie sich nicht allenfalls einer Verfehlung gegen § 341 StGB. (letzte Alternative) schuldig machen.

[7]) Man bedenke auch noch folgendes: Trifft ein Verurteilter nach Erlaß eines Urteils aber erst an dem Tage, an dem die Rechtsmittelfrist abläuft, Anstalten zur Flucht und wird verhaftet, so wird ihm, wenn dann am nächsten Tage das Urteil rechtskräftig wird oder wenigstens er selbst kein Rechtsmittel mehr einlegt, nur ein Bruchteil eines Tages auf die Strafzeit nicht angerechnet. Wartet er aber mit den Anstalten zur Flucht bis nach Rechtskraft des Urteils — was doch wohl milder zu beurteilen ist, weil die Verjährung der Straf**vollstreckung** sich in längeren Fristen vollzieht als die Verjährung der Straf**verfolgung** — so kann es kommen, daß er zu seiner Strafe eine Zulage von einigen Tagen bekommt. Dieses Ergebnis kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.



Zulässigkeit der Widerklage und des Zurückbehaltungsrechts trotz Unzulässigkeit der Aufrechnung? Rechtsanwalt Dr. A. Fürnrohr bekämpft in Nr. 12 dieser Zeitschrift (S. 250) meine Darlegungen, nach denen bei Unzulässigkeit der Aufrechnung auch die Widerklage nicht statthaft ist.

1. Fürnrohr verbindet zunächst ohne weiteres die Erörterung zweier Fragen, die nicht durchaus nach den gleichen Gesichtspunkten zu entscheiden sind. Er meint, „daß die Widerklage in solchen Fällen wohl stets in Verbindung mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (§ 273 BGB.) auftritt". Dabei hat er offenbar nicht den Fall der Widerklage auf Feststellung des Zurückbehaltungsrechtes[1]) im Auge; denn er spricht ja von der „Ausübung" und der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes, wie er auch als deren Folge die Verurteilung des Klägers Zug um Zug (§ 274 BGB.) erwähnt.

Das Zurückbehaltungsrecht wird im Rechtsstreit ausschließlich durch Einrede[2]) zur Geltung gebracht. Eine Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Klage oder Widerklage ist ausgeschlossen; denn es begründet keinen Anspruch, sondern schafft nur einen Abwehrbehelf.[3])

Neben der Einrede des Zurückbehaltungsrechts steht also die Widerklage auf den Leistungsanspruch selbst. Wenn also auch beide Behelfe zusammen auftreten würden, würde die Zulässigkeit des einen an sich nichts für oder wider die Zulässigkeit des andern dartun, wie denn auch die prozessualen Bedenken, die gegen die Zulässigkeit der Widerklage zu erheben sind, das Zurückbehaltungsrecht nicht treffen. Es wären also beide getrennt zu behandeln, selbst wenn sie, wie Fürnrohr meint, zusammentreffen würden.

Der Ausgangspunkt Fürnrohrs ist aber unrichtig. Die Widerklage tritt nicht „wohl stets" in Verbindung mit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auf. Im Gegenteil! Beide schließen sich gegenseitig aus. Wäre Fürnrohrs Meinung richtig, so würde das Urteil nicht nur, wie er meint, dahin lauten können, daß der Beklagte zur Zahlung von 100 *M* Zug um Zug gegen Zahlung von 100 *M* an ihn verurteilt würde. Das wäre nur die Entscheidung über die Klage unter Berücksichtigung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 274 BGB.). Damit ist aber die Widerklage noch nicht erledigt. Auch über sie müßte im Urteilssatz entschieden werden. Ist sie zulässig und begründet, so kann der Ausspruch nicht anders als auf Verurteilung des Klägers und Widerbeklagten lauten.

Die Folge ist, daß der Kläger im Ergebnis doppelt verurteilt ist. Er muß, will er die ihm zuerkannten 100 *M* haben, 100 *M* anbieten (§ 756 ZPO.). Ungehindert aber kann der Beklagte aus dem den Kläger verurteilenden Teil des Urteilssatzes vollstrecken. Der Beklagte, der in dem ihm günstigsten Fall nichts schuldig ist, erhält also noch 100 *M*. Es kann nicht Aufgabe des Vollstreckungsgerichts sein, hier eine Berichtigung eintreten zu lassen. Das Urteil selbst darf nicht über einen Anspruch doppelt entscheiden, daher müßte der Beklagte, stünden ihm wirklich Zurückbehaltungsrecht und Widerklage zu, zwischen beiden wählen. Beide nebeneinander sind ebenso unmöglich, wie die Einrede der — nicht vorsorglichen — Aufrechnung zusammen mit der Widerklage auf Grund des gleichen Anspruchs. Abgesehen davon würde, wenn das Zurückbehaltungsrecht gegeben wäre, für die Widerklage auch das Rechtsschutzbedürfnis entfallen; denn es kann ja der Anspruch auf Verneinung des Klageanspruchs durch Einrede geltend gemacht werden, so daß es der Widerklage nicht bedarf.

2. Wenn auch die Fragen nach der Zulässigkeit der Widerklage und des Zurückbehaltungsrechts sich nicht durchweg nach den gleichen Gesichtspunkten entscheiden, so ist doch Fürnrohr darin beizustimmen, daß beide im Ergebnis auf das gleiche Ziel hinauslaufen, nämlich auf Vereitelung des gesetzlichen oder vertragsmäßigen Ausschlusses der Aufrechnung. Und aus diesem Grund ist allerdings anzunehmen, daß, ebenso wie die Widerklage, so auch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bei Unzulässigkeit der Aufrechnung unstatthaft ist. Ist die Aufrechnung durch Gesetz oder Verbot ausgeschlossen, so muß der Schuldner seine Verpflichtung erfüllen, unbekümmert um etwaige ihm zustehende Gegenrechte. Damit entfällt das Zurückbehaltungsrecht schon nach dem Wortlaut des § 273 Abs. 1 BGB.; denn es greift nur Platz, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt.[4])

Schon in der Entscheidung vom 24. April 1908[5]) hat das Reichsgericht erklärt: „wenn ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer fälligen Geldforderung geltend gemacht wird, so ist dies in Wahrheit regelmäßig die Erklärung der Aufrechnung," und es hat hieran in ständiger Rechtsprechung[6]) festgehalten.

Zu unrecht greift Fürnrohr dies an. Das Reichsgericht verwechselt nicht die Gleichheit des Erfolgs mit der Gleichheit des Mittels. Es weist nur die unter einer falschen Bezeichnung auftretende Aufrechnung zurück. Daß die falsche Bezeichnung eines rechtlichen Vorgangs belanglos ist, ist ein anerkannter Rechtssatz. Es gehört ja gerade zum Wesen der Gesetzesumgehung, daß sie einen verbotenen Erfolg mit einem scheinbar erlaubten Mittel erreichen will.

Der wahre Wille des Gesetzes wie der Partei ist zu erforschen. Dieser aber geht, wenn die Aufrechnung ausgeschlossen ist, dahin, daß die Rechte des Gläubigers von etwaigen Gegenrechten des Schuldners unberührt bleiben sollen. Andernfalls wären ja alle gesetzlichen Aufrechnungsverbote völlig wirkungs- und daher sinnlose Bestimmungen.

Wenn schließlich Fürnrohr den Ausschluß der Aufrechnung schlechthin als „sinnwidrig" bezeichnet, so verkennt er offenbar dessen außerordentliche wirtschaftliche Notwendigkeit. Im Gegensatz zu ihm haben die Gesetzgeber diese von jeher anerkannt. Gesetzliche Aufrechnungsverbote hat es im römisch-gemeinen Recht[7]) wie im preußischen[8]) und bayerischen[9]) Landrecht gegeben, und nicht weniger finden sie sich im geltenden

[1]) Vgl. Warneyer 1908 S. 440 Nr. 550.

[2]) Staudinger Anm. I 5 zu § 273, 1 zu § 274; Planck Anm. 1 zu § 273; RGRKomm. Anm. 1 zu § 273, Anm. 1 zu § 274.

[3]) RGRKomm. Anm. 1 zu § 273.

[4]) JW. 1911 S. 536.

[5]) Warneyer 1908 S. 440 Nr. 550 und Recht 1908 Nr. 2135.

[6]) Recht 1913 Nr. 2848; RG. Bd. 83 S. 138.

[7]) Windscheid, Pandekten 5. Aufl. Bd. 2 § 350 Ziff. 7 und die Quellenstellen in Fußnoten 24—26; § 397 Fußn. 5.

[8]) ALR. Teil 1 Tit. 16, §§ 363 f., 366, 368 ff.

[9]) Kreittmayer, Annot. Teil 4 Kap. 15 § 1 Ziff. 3.

französischen Recht.[10]) In keinem dieser Rechte ist ein Verbot des vertragsmäßigen Aufrechnungsverzichts enthalten; im römisch-gemeinen Recht war dessen Zulässigkeit allgemein anerkannt,[11]) im preußischen Landrecht ausdrücklich ausgesprochen.[12])

Wenn Fürnrohr nun auch der Ansicht sein mag, daß alle diese Bestimmungen den Denkgesetzen widersprechen, so muß er sich doch damit abfinden, daß unzweifelhaft das geltende Recht Aufrechnungsverbote aufstellt und den Aufrechnungsverzicht nicht verbietet. Damit, daß er gesetzliche Bestimmungen für sinnwidrig erklärt, kann er sie mit ihren Folgerungen nicht aus der Welt schaffen. Er mag klagen über die dura lex; sed ita scripta est.

Rechtsanwalt Dr. Berlin in Nürnberg.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Zu §§ 426 Abs. 1 und 774 Abs. 2 BGB. Gesamtschuldnerische Verbürgung der Gesellschafter einer G.m.b.H. oder eines Teiles von ihnen für ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen; nach welchen Anteilen haften die Bürgen in diesem Fall untereinander? Aus den Gründen: Nach der Bestimmung des § 426 Abs. 1 BGB., die gemäß § 774 Abs. 2 BGB. auch für Mitbürgen gilt, sind Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Die gleichmäßige Verteilung setzt einen Regeltatbestand voraus, bei dem anderes nicht in Betracht kommt, als eben nur die gesamtschuldnerische Verpflichtung nach außen, die dann nach innen die Haftung nach gleichen Anteilen zur Folge haben soll. Dieser Regelfall ist in dem vielgestaltigen Leben durchaus nicht häufig, so daß sich der Grundsatz der gleichartigen Verteilung in § 426 Abs. 1 praktisch als ein Hilfssatz darstellt (RG. 75, 251; RGR.-Komm. Anm. 2 zu § 426). Die Ordnung in § 426 Abs. 1 BGB. gilt überall da nicht, wo die Gesamtschuldner unter sich durch ein rechtliches Band vereinigt sind, das den Maßstab für die Verteilung der inneren Haftung nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der Gesamtschuldner abgibt. Die Gesellschafter einer G. m. b. H. stehen sich nun nicht fremd gegenüber, wie die Aktionäre einer Aktiengesellschaft, wenn auch die G. m. b. H. gleich dieser eine von der Gesamtheit der Gesellschafter verschiedene selbständige juristische Person ist; sie stehen in einem Vertragsverhältnis zu einander, das eine besondere Art des Gesellschaftsvertrags ist (§§ 2, 3, 14 ff., 45 GmbHG.). Es ist gerade die Eigentümlichkeit der G. m. b. H., durch die sich das Innenverhältnis der Gesellschaft des BGB. nähert (§ 706 BGB.), daß die Beteiligung der Gesellschafter der G. m. b. H. am Stammkapital und damit auch am Gewinn und Verlust, „der Geschäftsanteil" (§ 14), verschieden festgesetzt werden kann (§§ 5, 14, 29 Abs. 2, 26 GmbHG.). Es ist darum von vorherein anzunehmen, daß im inneren Verhältnisse der Gesellschafter bei allen Verpflichtungen, die sie in Angelegenheiten der Gesellschaft übernehmen, der Geschäftsanteil den Maßstab für die Verteilung untereinander bilden sollte. Der Kläger will das nur gelten lassen, wenn sich alle Gesellschafter an der Verbürgung beteiligt hätten, wie dies auch zunächst beabsichtigt war. Der Maßstab versage aber, wo nur ein Teil der Gesellschafter eine allerdings aus dem Gesellschaftsverhältnis heraus entstandene Verpflichtung Dritten gegenüber übernommen habe. Das ist nicht anzuerkennen. Unmittelbar kann freilich in solchem Falle das Verhältnis der Geschäftsanteile an der Gesellschaft nicht zugrunde gelegt werden; die Einheit wird eine andere; es bildet sich gewissermaßen eine Gesellschaft zu einem Einzelzweck innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses zur G. m. b. H. mit demselben Beteiligungsverhältnis, mit demselben Zähler, aber mit neuem Nenner. Der Maßstab der Beteiligung der einzelnen Mitbürgen an der Gesellschaft ändert sich entsprechend dem Beteiligungsverhältnis an der Bürgschaft von selbst in ähnlicher Weise, wie wenn von einem Ausgleichungspflichtigen der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden kann (§ 426 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Der Satz des Berufungsurteils: Hätte man die Ausgleichungsfrage unter den Mitbürgen bei der Uebernahme der Bürgschaft erörtert, so würden sie sich einstimmig für das Verhältnis ihrer Geschäftsanteile entschieden haben, ist durchaus richtig und bedenkenfrei. Er enthält nicht, wie die Revision meint, eine Erörterung der für die Entscheidung nicht maßgebenden Frage, wie die Mitbürgen vernünftigerweise die Ausgleichung unter sich hätten vereinbaren sollen, aber nicht vereinbart haben, sondern die Feststellung einer stillschweigenden Vertragsvereinbarung, die aus den Umständen des vorliegenden Einzelfalles entnommen wird (vgl. Urt. des erk. Senats VI 331/07 vom 15. April 1908). (Urt. des VI. ZS. vom 25. Juni 1914, VI 177/1914). E.

3471

II.

Kann eine Zustimmung i. S. des § 1565 Abs. 2 BGB. dann angenommen werden, wenn der eine Gatte den Ehebruch des andern gewünscht und herbeigeführt hat, um einen Grund zur Scheidung zu haben? Aus den Gründen: Das BG. stellt fest, daß die Beklagte mit dem vom Kläger mit ihrer Uebewachung betrauten Zeugen K. den Beischlaf vollzogen hat. Es nimmt gegenüber dem Einwande der Beklagten, sie sei von K. vergewaltigt worden, auch an, daß sie sich ihm freiwillig hingegeben habe. Andererseits aber erachtet es für dargetan, daß der Kläger dem Ehebruche zugestimmt habe. Zwar sieht es nicht als bewiesen an, daß der Kläger K. ausdrücklich beauftragt habe, mit der Beklagten geschlechtlich zu verkehren; wohl aber entnimmt es aus dem Verhalten des Klägers, besonders auch aus seinem Benehmen bei und nach dem von ihm selbst beobachteten Ehebruche, daß er die Beischlafsvollziehung gewünscht habe, daß er absichtlich die Umstände herbeigeführt habe, unter denen die Beklagte der Verführung unterlag, und daß er mit dem Ehebruch einverstanden gewesen sei. Es ist der Ansicht, daß die hierin zu findende Zustimmung zum Ehebruch ihre Wirksamkeit behalte, obwohl sie aus dem Wunsche heraus erteilt sei, geschieden zu werden, und hält deshalb übereinstimmend mit dem LG. die auf den Ehebruch der Beklagten gestützte Scheidungsklage gemäß § 1565 Abs. 2 BGB. für unbegründet. Die Revision wirft dem OLG. in erster Linie vor, es habe den Begriff der Zustimmung verkannt. Sie führt unter Berufung auf die Mot. zum I. Entw. des BGB. (IV S. 587) aus: Zustimmung läge nur vor, wenn der Kläger sich den Ehebruch der Beklagten zu eigen gemacht und zu erkennen gegeben hätte, daß die Begehung des Ehebruchs seine eheliche Gesinnung nicht beeinträchtige und ihm die Fortsetzung der Ehe nicht unmöglich mache. Genau das Gegenteil aber sei der Fall. Der Kläger habe vor dem Auftreten K.s einen starken Verdacht gehabt, daß die Beklagte die eheliche Treue nicht wahre. Er habe deshalb ein berechtigtes

[10]) Cod. civ. Art. 1293, auch 1294, 1298.

[11]) Windscheid a. a. O. Fußn. 29 S. 337.

[12]) ALR. Teil I Tit. 16 § 372.

Interesse daran gehabt, sich davon zu überzeugen, ob sie in der Tat so weit fallen würde, sich K. hinzugeben. Eine Zustimmung zum Ehebruche sei aus diesem Verhalten nicht zu entnehmen. Dieser Angriff geht fehl. Die Zustimmung, von der in § 1565 Abs. 2 die Rede ist, hat ebensowenig wie die in § 1570 behandelte Verzeihung rechtsgeschäftlichen Charakter. Sie ist vielmehr ein rein tatsächlicher Vorgang und braucht deshalb auch nicht gerade dem anderen Gatten gegenüber erklärt zu werden, ja sie braucht nicht einmal zu dessen Kenntnis gebracht zu werden, sondern es genügt zur Zustimmung, wenn der verletzte Ehegatte in irgend einer Weise sein Einverständnis mit dem Ehebruch zu erkennen gibt. Das hat der Senat bereits wiederholt und noch ganz kürzlich ausgesprochen (vgl. die Urteile vom 17. März 1910 IV 253/09 JW. 476 Nr. 16 und vom 14. Mai 1914 IV 71/14). Wenn Zustimmung in Frage kommt, wird allerdings in der Regel die Sache so liegen, daß der zustimmende Gatte zu erkennen gibt, daß die Begehung des Ehebruchs seine eheliche Gesinnung nicht berührt und ihm die Fortsetzung der Ehe nicht unmöglich macht (vgl. die Motive an der von der Revision angeführten Stelle). Aber notwendige Voraussetzung der Zustimmung ist das nicht. Vielmehr ist für die Frage, ob die Zustimmung wirksam erteilt ist, ohne wesentliche Bedeutung, ob und in welchem Maße die eheliche Gesinnung des zustimmenden Gatten durch den Ehebruch des anderen Gatten berührt wird, mit dem er sich einverstanden erklärt. Insbesondere wird der Zustimmung ihre Wirksamkeit auch dadurch nicht genommen, daß sie aus dem Wunsche heraus erteilt worden ist, geschieden zu werden. Auch das hat der Senat in Fällen, die dem hier zur Entscheidung stehenden völlig gleich lagen, schon mehrfach anerkannt (vgl. außer dem bereits erwähnten Urteile vom 14. Mai 1914 vor allem das dort angezogene Urteil vom 14. Februar 1907 IV 337/06). Der Gatte, der, um einen Scheidungsgrund zu erlangen, einen Ehebruch des anderen Gatten herbeiführt, wünscht diesen Ehebruch. Wer aber ein gewisses Geschehen wünscht, ist, wie sich Opet ausdrückt (Bemerkung 9c zu § 1565), notwendig damit einverstanden, daß sich dieses Geschehen verwirklicht, er stimmt ihm also zu. (Urt. des IV. ZS. vom 8. Juni 1914, IV 592/1913).

3470 E.

III.

Der Antrag, die Vertragsstrafe zu ermäßigen, betrifft nicht den Grund des Anspruchs sondern den Betrag. Aus den Gründen: Die in der Rechtslehre streitige Frage, ob der Antrag des Schuldners auf Strafermäßigung den Grund des Zahlungsanspruchs betrifft oder nur den Betrag, ist in letzterem Sinne zu beantworten. Das eine Vertragsstrafe herabsetzende Urteil hat allerdings rechtsgestaltende Bedeutung, indem ein Teil der Forderung aufgehoben und zu einem anderen Teile verurteilt wird. Der aufgehobene Teil der Forderung gilt als von Anfang an nicht geschuldet, der Teil, zu dessen Zahlung verurteilt wird, als von Anfang an geschuldet. Diese Bedeutung des Urteils entstammt eben seiner rechtsgestaltenden Kraft. Allein § 343 BGB. sagt nicht, es sei das Versprechen der Strafe zu dem unverhältnismäßigen Teil nicht verbindlich, das Gesetz erkennt vielmehr an, daß die Strafe an sich verwirkt ist, läßt sie aber wegen Unverhältnismäßigkeit aus Billigkeitsgründen nachträglich herabsetzen. Diese Billigkeitsrücksichten brauchen nicht notwendig in den bereits bei Vertragsschluß vorhandenen Tatsachen zu liegen. Es sind vielmehr unter Umständen auch solche Tatsachen bei Prüfung der Unverhältnismäßigkeit mit heranzuziehen, die sich erst nach Vertragsschluß eingestellt haben, und deren Eintreten von niemand vorausgesehen werden konnte. Hieraus erhellt, daß der Antrag auf Herabsetzung der Strafe wie das dementsprechende Urteil den Umfang der Strafleistung betrifft, und daß nicht dieselben Tatsachen für Grund und Betrag des Anspruchs auf Strafe maßgebend sind. Danach kann ein Urteil über den Grund des Anspruchs vorab erkennen und die Entscheidung über den Antrag auf Strafermäßigung dem Verfahren über den Betrag vorbehalten. Aus diesen Gründen kann auch die Entgegnung, es könne wegen der Kaufmannseigenschaft des Schuldners dessen Ermäßigungsantrag keine Beachtung finden, gleichfalls dem Verfahren über den Betrag vorbehalten werden. (Urt. d. III. ZS. vom 24. September 1914, III 169/14).

3464 — a —

IV.

Haftet der Wirt für Verkehrssicherheit der dem Verkehr nicht freigegebenen Nebenräume? Der Kläger war in der Neujahrsnacht aus dem Tanzsaal in den Lichthof gegangen, dort an ein Fenster des Wirtschaftssaales getreten, um seine Bekannten durch das Fenster zu beglückwünschen, und in den unter dem Fenster befindlichen unbedeckten Lichtschacht gestürzt.

Aus den Gründen: Daraus, daß der Lichthof gelegentlich zu anderen Jahreszeiten den Gästen zum Aufenthalt gedient hat, kann nicht auf seine Widmung zum Gästeverkehr oder auch nur auf eine Zulassung dieses Verkehrs in der Neujahrsnacht geschlossen werden. Wenn der Wirt z. B. bei Ueberfüllung des Gasthofs seine eigenen Wohnräume Gästen überläßt, sind diese Räume damit nicht für alle Zukunft Vertragserfüllungsräume geworden, für deren Verkehrssicherheit er jedem absichtlich dorthin geratenen Gaste einzustehen hätte. Der Wirtschaftsgarten, der im Sommer von Gästen ständig benützt wird, braucht im Winter nicht ohne weiteres durchaus verkehrssicher gehalten zu werden. Ob der Beklagte aus dem Gastaufnahmevertrag haften würde, wenn der Gast infolge einer Verwechselung irrtümlich den Lichthof betreten hätte, oder wenn die Gefahrenquelle, die unbedeckte Lucke, unmittelbar vor der aus dem Tanzsaal in den Lichthof führenden Tür sich befunden hätte, bedarf der Untersuchung nicht. Denn der Kläger hat nicht irrtümlich sondern absichtlich den Lichthof betreten, und die Lucke liegt weitab vom Eingang, an einer Stelle, wo kaum je ein Gast auch nur das Geringste zu tun gehabt haben könnte, auch wenn der Lichthof dem Gästeverkehr freigegeben gewesen wäre. Die Winterkälte der Neujahrsnacht, die fehlende Bedachung des Raumes, der Mangel eigener Beleuchtung des Hofes mußten dem Kläger und jedem Gaste, der den Hof betrat, schlechthin sofort klar machen, daß der Hof nicht zu den Räumen gehörte, die der Wirt der Benutzung durch die Gäste freigeben wollte. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Zugang in den Lichthof für den ihn absichtlich Betretenden mehr oder minder erschwert war, ob die Türe verschlossen, eine Klinke vorhanden war oder nicht. Auch wenn man in Betracht zieht, daß es sich um eine Silvesterfeier im Rheinland handelte, bei der der Genuß erheiternder Getränke und fröhliche Ausgelassenheit eine Rolle spielten, kann nicht gesagt werden, daß ein die Verkehrsorgfalt beobachtender Wirt damit hätte rechnen müssen, ein Gast könne auf den eigenartigen Silvesterscherz verfallen, vom Lichthofe aus die Insassen des Saales zu beglückwünschen. Die Gewährleistung der Verkehrssicherheit des Lichthofs gehörte deshalb nicht zu den Vertragspflichten des Beklagten gegenüber dem Kläger. Das Fehlen der Luckenbedeckung in der Neujahrsnacht gereicht ihm nicht zum Verschulden. Die gegenteilige Annahme würde eine unerträgliche Ueberspannung der Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bedeuten. Die Erstreckung der für die Verkehrsräume bestehenden Sicherungspflicht auf leicht zugängliche Nebenräume ist nur insoweit zuzugeben, als es sich um den Schutz gegen Verwechselungen, auch wohl um die Fürsorge für Trunkene handelt. Gegenüber einem seiner Sinne Mächtigen, der dem Verkehr nicht gewidmete Nebenräume bewußt be-

tritt, besteht diese Sicherungspflicht jedenfalls nicht in dem Sinne, daß jede mögliche Gefahrenquelle in jenen Räumen beseitigt werden müßte. (Weiter wird ausgeführt, daß erst recht keine Haftung aus unerlaubter Handlung begründet sei). (Urt. des III. ZS. vom 16. September 1914, III 171/14). — a —

3448

B. Strafsachen.

I.

Neue Tatsachen i. S. des § 210 StPO. Aus den Gründen: Der Beschwerdeführer Sch. ist durch Beschluß vom 9. September 1913 von der Anschuldigung eines Verbrechens aus §§ 218, 48 StGB. „aus dem tatsächlichen Grunde des Mangels eines ausreichenden Beweises" außer Verfolgung gesetzt worden. Mit Anklageschrift vom 17. Oktober 1913 hat der Staatsanwalt die öffentliche Klage wieder aufgenommen, weil inzwischen in der nicht zu Ende geführten Hauptverhandlung gegen die Mitangeklagte S. und Genossen vom 8. Oktober 1913 der Zeuge August F., ein Bruder der S., der bis dahin vor Gericht kein Zeugnis abgegeben hatte, eingehend als Zeuge zur Sache ausgesagt hatte. Auch die Zeugin Lina F., die Frau des August F., hatte sich in der Hauptverhandlung zur Ablegung des früher vor Gericht verweigerten Zeugnisses bereit erklärt; sie war aber zur Sache nicht vernommen, sondern die Hauptverhandlung ausgesetzt worden, offenbar um dem Staatsanwalt Gelegenheit zu geben, die öffentliche Klage gegen den Beschwerdeführer Sch. wieder aufzunehmen, und in einer neuen Hauptverhandlung die Untersuchungssache gegen diesen gleichzeitig mit der gegen die anderen Angeklagten entscheiden zu können. Sowohl August F. als auch Lina F. hatten im Vorverfahren nur bei einer polizeilichen Vernehmung ausgesagt und damals hatte nach den Akten August F. im wesentlichen die gleichen Angaben gemacht, wie nach dem Sitzungsprotokoll in der Hauptverhandlung am 8. Oktober. Entsprechend der Anklageschrift, worin auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 210 StPO. eingehend hingewiesen war, ist gegen Sch. das Hauptverfahren eröffnet worden. Das Urteil prüft die Anwendung des § 210 StPO. und hält sie für gerechtfertigt, weil „die Erklärung der Verwandten, von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch mehr machen zu wollen, die Geltendmachung eines neuen Beweismittels darstelle". Der Verteidiger rügt Verletzung des § 210 StPO.; in der Erklärung der Verwandten, von ihrem Zeugnisverweigerungsrechte keinen Gebrauch mehr machen zu wollen, sei nicht die Geltendmachung eines neuen Beweismittels zu finden. Dahingestellt kann bleiben, ob es zu billigen ist, daß die StK. die Erklärung der Verwandten, von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch mehr machen zu wollen, als „Geltendmachung eines neuen Beweismittels" bezeichnet. Es liegt in der Natur der Sache, daß sie hierbei vorzugsweise die Tatsachen im Auge hat, daß August F. und Lina F. eine Wiederholung ihrer den Sch. belastenden polizeilichen Angaben vor Gericht in Aussicht gestellt und überdies August F. diese Angaben bereits einmal eingehend vor Gericht wiederholt hatte. Diese Tatsachen lagen zur Zeit der Außerverfolgungsetzung noch nicht vor und unbedenklich konnten sie als „neue Tatsachen" i. S. des § 210 StPO. in Betracht gezogen werden. Bei der Beratung des Entwurfs der StPO. in der Reichstagskommission hat der Regierungsvertreter erklärt, daß „nach seiner Ansicht unter neuen Tatsachen und Beweismitteln alle diejenigen zu verstehen seien, welche, nach Lage der Akten zur Zeit der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens unbekannt, nicht benützt werden konnten, einerlei ob sie früher oder später zur Entstehung gekommen seien" (Protokoll S. 329; Hahn, Mat. zur StPO. S. 818). Dies entspricht dem Sinne des Gesetzes, das eine Rechtskraft des Beschlusses auf Außerverfolgungsetzung nur in beschränkter Weise nämlich insoweit eintreten läßt, als nicht in der Folgezeit Umstände hervortreten oder sich ereignen, durch die der vordem ungenügende Verdacht gegen den Beschuldigten in einer Weise verstärkt wird, daß er nunmehr als „hinreichend" i. S. des § 201 StPO. erachtet werden kann. Alle derartigen tatsächlichen Umstände, also namentlich auch solche, durch die das Gewicht bereits früher vorgelegener Verdachtgründe oder Beweise erhöht wird, müssen als neue Tatsachen i. S. des Gesetzes angesehen werden und nicht etwa nur solche, die unmittelbar oder mittelbar zu der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Handlung selbst gehören. Es unterliegt daher keinem rechtlichen Bedenken, daß die StK. wegen der Vorgänge, die sich in der Hauptverhandlung vom 8. Oktober 1913 abgespielt hatten, insbesondere wegen der Tatsache, daß August F. bereits vor Gericht den Sch. belastet hatte, die Voraussetzungen des § 210 StPO. als gegeben angesehen hat. (Urt. des I. StS. vom 18. Juni 1914, 1 D 272/14). E.

3469

II.

Zu § 14 WarenZG., § 15 WettbewG.: auf Grund welcher Bestimmung ist der Kaffeehausbesitzer zu bestrafen, der gewöhnlichen Kaffee in Tassen verschänkt, die durch ein auf ihnen angebrachtes Warenzeichen den Anschein erwecken, als sei zur Herstellung des Getränkes der von dem Inhaber des Warenzeichens in Verkehr gebrachte koffeinfreie Kaffee verwendet? Aus den Gründen: Die Angeklagten haben in ihrem Kaffeehaus in sog. Hagtassen gewöhnlichen Kaffee verschänkt, und ihn, wenn koffeinfreier Hagkaffee nicht vorhanden war, auch solchen Gästen verabreicht, die Hagkaffee forderten. Es fragt sich, ob sie dadurch gegen § 14 WarenZG. verstoßen haben, der den unter Strafe stellt, der wissentlich Waren oder deren Verpackung und Umhüllung mit einem geschützten Warenzeichen widerrechtlich versieht oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält. Diese Frage mußte verneint werden. Nach § 14 a. a. O. wird nur bestraft, wer ein für einen anderen, hier die Nebenklägerin, eingetragenes Zeichen als Warenzeichen d. h. so verwendet, daß Dritte in den Glauben versetzt werden oder versetzt werden können, die Waren, an denen oder an deren Umhüllung es angebracht ist, stammten aus der bestimmten Erzeugungs- oder Vertriebsstelle her, die sich für die von ihr erzeugten oder in ihrem Auftrag anderweit erzeugten, aber von ihr vertriebenen Waren des benutzten Zeichens zu bedienen pflegt (RG. Bd. 42 S. 87 ff.). Wer ein Stück einer Ware oder dessen Umhüllung mit seinem Warenzeichen versieht, erklärt damit, dafür einzustehen, daß dieses gezeichnete Stück von ihm angefertigt oder zum mindesten als seine anderweit in seinem Auftrag angefertigte, aber von ihm zu vertreibende Ware von ihm in Verkehr gebracht ist — RG. 43, 87 (108); 23, 365, (369); 30, 95 (97). Wenn die Anbringung des Zeichens an der von einem anderen hergestellten Ware oder deren Umhüllung diesen Sinn nicht haben kann, greift sie in das Zeichenrecht des Zeicheninhabers nicht ein. Dadurch, daß die Angeklagten Kaffee in ihrem Kaffeehause in Hagtassen verschänkten, konnte keiner ihrer Abnehmer in den Glauben versetzt werden, der von ihnen dort verabreichte, unmittelbar vor der Bestellung frisch gekochte Kaffee rühre von der Nebenklägerin her, sei von dieser angefertigt oder in den Verkehr gebracht, da jedermann weiß, daß der Kaffee als frisches Getränk stets vom Verkäufer selbst, dem Kaffeehausbesitzer, hergestellt wird und niemals von der Nebenklägerin herrühren kann. Die Abnehmer sind also nur in den Glauben versetzt, das Getränk sei aus Hagkaffee zu-

bereitet, Hagkaffee sei der Grundstoff des Getränks. Das frisch hergestellte Kaffeegetränk konnte nicht im Betriebe der Nebenklägerin hergestellt oder auch nur vorhanden gewesen sein; dieses Getränk oder dessen Umhüllung konnte unmöglich von der Nebenklägerin mit deren Warenzeichen versehen gewesen sein, und deshalb konnte der Nebenklägerin auch nicht bezüglich einer solchen, erst von den Angeklagten herzustellenden Ware ein ausschließliches Recht i. S. des § 12 WarenZG. zustehen. Das Warenzeichen schützt die Ware, für die es eingetragen ist, oder solcher Ware gleichartige Ware (RG. 26, 234/35). Gleichartig sind nur solche Waren, bei denen die Möglichkeit der Verwechselung oder der Täuschung im Verkehr vorliegt, Waren derselben Gattung, die zu gleichen Zwecken verwendet werden, Waren, die in den gleichen Geschäften an denselben Kundenkreis abgesetzt zu werden pflegen, Waren, bei denen das Publikum durch Anbringung des Zeichens in den Glauben versetzt werden kann, daß sie aus dem Geschäftsbetriebe des Warenzeicheninhabers herrühren (RGZ. 60, 324; 67, 36). Limonadenessenz und genußfertige Limonade sind in diesem Sinne als gleichartige Waren angesehen worden, weil beide in derselben Betriebsstätte hergestellt zu werden pflegen. Das trifft aber auf Kaffee als Bohne und Kaffee als Getränk nicht zu. Wer ein Kaffeegetränk zubereitet, stellt in ihm unter Benutzung von Kaffeebohnen oder gemahlenem Kaffee eine neue Sache i. S. des § 950 BGB. her. Was bei der Herstellung des Getränkes von den Stoffen übrig bleibt, die von der Nebenklägerin koffeinfrei gemacht werden, wird aus dem Getränk als für dieses wertlos beseitigt; in dem von den Angeklagten frisch hergestellten Kaffeegetränk sind von der der Nebenklägerin vertriebenen Ware nur noch die durch den Aufguß kochenden Wassers erhaltenen Auszugsstoffe enthalten. Der Kaffeehausbesitzer verkauft also eine ganz andere Ware als diejenige, für die das Warenzeichen bestimmt gewesen ist; für seine Ware besteht kein Warenzeichenschutz. Hieraus folgt, daß die Verurteilung der Angeklagten aus § 14 WarenZG. zu Unrecht ausgesprochen ist. — Die Angeklagten haben aber durch den Gebrauch der Hagtassen den Anschein erwecken wollen und können, daß der Grundstoff des von ihnen vertriebenen Getränkes koffeinfreier Hagkaffee sei, und damit gegen § 15 WettbewG. verstoßen. Ein Vergehen gegen § 15 erfordert nicht, daß zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbs gehandelt ist; die Bestimmung geht insoweit über den Rahmen hinaus, den das Gesetz in seiner Ueberschrift zieht. Das hat das Reichsgericht bereits in den Entscheidungen Bd. 31 S. 63 und 84 ausgesprochen und hieran in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Strafbar ist nach § 15 jedermann, der wider besseres Wissen über die Waren eines anderen der Wahrheit zuwider Tatsachen behauptet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäftes dieses anderen zu schädigen, und eine solche Behauptung über die Waren der Nebenklägerin haben die Angeklagten dadurch aufgestellt, daß sie den Gästen gegenüber, die Kaffee Hag und damit ein koffeinfreies Kaffeegetränk forderten, in den Hagtassen gewöhnlichen Kaffee, und dazu noch in verdünntem Stoffe verabreichten; sie haben dadurch wider besseres Wissen behauptet, daß der koffeinfreie Kaffee der Nebenklägerin sich von gewöhnlichem Kaffee nicht unterscheide, also Bevorzugung vor diesem in keiner Weise und aus keinem Grunde verdiene (RGSt. 45, 376; RGZ. 60, 189). (Urt. des I. StS. vom 29. Juni 1914, I 227/14). E.

3468

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Einem vor dem Inkrafttreten des BGB. wegen Geisteskrankheit Entmündigten steht das Beschwerderecht des § 59 FGG. auch dann nicht zu, wenn anzunehmen ist, daß er unter der Herrschaft des BGB. nur wegen Geistesschwäche entmündigt worden wäre. J. St. wurde durch Beschluß des Amtsgerichts vom 13. August 1896 wegen Geisteskrankheit entmündigt. Er erachtet sich durch eine Verfügung seines Vormunds für beschwert und hat gegen sie bei dem Vormundschaftsgericht protestiert. Von diesem wurde ihm eröffnet, daß es nur einschreiten könne, wenn der Vormund pflichtwidrig handle, eine Pflichtwidrigkeit liege nicht vor. Die Beschwerde des J. St. wurde vom LG zurückgewiesen, weil sie gemäß § 59 Abs. 2 FGG. unzulässig sei.

Die weitere Beschwerde des J. St. wurde **aus folgenden Gründen** als unzulässig verworfen: Nach § 59 Abs. 2 FGG. sind die Vorschriften des Abs. 1, wonach ein unter Vormundschaft stehender Mündel in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das Beschwerderecht ausüben kann, nicht anwendbar auf Personen, die geschäftsunfähig sind. Geschäftsunfähig ist nach § 104 Nr. 3 BGB., wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. J. St. wurde zwar schon vor dem Inkrafttreten des BGB. wegen Geisteskrankheit entmündigt; in Art. 155 EG. BGB. ist aber bestimmt, daß, wer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, von dieser Zeit an einem nach den Vorschriften des BGB. wegen Geisteskrankheit Entmündigten gleichsteht. Es sind also auf ihn die Bestimmungen des § 104 Nr. 3 BGB. und des § 59 Abs. 2 FGG. anzuwenden. Die von J. St. eingereichte von ihm selbst verfaßte Beschwerdeschrift macht allerdings nicht den Eindruck, daß er nicht fähig sei, die Bedeutung des Antrags zu erkennen und seinem Willen verständlichen Ausdruck zu geben. Die Annahme ist deshalb nicht unzutreffend, daß unter der Herrschaft des BGB. seine Entmündigung nur wegen Geistesschwäche erfolgt wäre. Allein die bestimmte Vorschrift des Art. 155 EG. BGB. schließt es aus, bei den vor dem Inkrafttreten des BGB. wegen Geisteskrankheit Entmündigten zu unterscheiden, welchen Grad die geistige Erkrankung erreicht hat und ob sie nach dem Rechte des BGB. auch als Geisteskrankheit zu betrachten wäre (vgl. Planck, BGB. 3. Aufl. Bd. VI Erl. zu Art. 155). Mit Rücksicht auf die gesetzgeberischen Erwägungen, auf denen die Vorschrift des § 59 FGG. beruht, ist es hiernach freilich eine Härte, daß dem St. das Beschwerderecht im Umfange des § 59 Abs. 1 FGG. verweigert werden muß. (Beschl. des I. ZS. vom 9. Sept. 1914, Reg. III Nr. 79/1914). M.

8473

II.

Regelung des persönlichen Verkehrs nach § 1636 BGB. durch das Vormundschaftsgericht. Kann das Vormundschaftsgericht die von dem Beschwerdegericht getroffene Regelung später abändern? Aus der Ehe des Bäckermeisters St. W. mit A. Sp. sind vier Kinder im Alter von 3—8 Jahren hervorgegangen. Die Ehe zwischen St. W. und A. Sp. ist für nichtig erklärt worden. Die Sorge für die Person der Kinder steht nach den §§ 1702, 1635 BGB. dem Vater zu. Der persönliche Verkehr zwischen der Mutter und den Kindern wurde durch das Vormundschaftsgericht dahin geregelt, daß der Mutter gestattet sei, mit den Kindern je am ersten Sonntag in den Monaten Mai und Oktober in dem Anwesen des Mühlbesitzers H. in M. zu verkehren. Auf die Beschwerde der A. Sp. hat das LG. angeordnet, daß St. W. die Kinder jährlich 12 mal zum Verkehr mit der Mutter in das Anwesen des J. H. in M. zu bringen habe. Nach der ersten solchen Zusammenkunft in M. erklärte J. H., daß er sein Haus zu diesem Zweck nicht mehr zur Verfügung stelle. Nun erklärte sich der Vormundschaftsrichter bereit, die Zusammenkünfte zwischen der Mutter und den Kindern in seiner Wohnung stattfinden zu lassen, und es fand dort eine Zusammenkunft statt, nachdem sich beide Parteien mit dieser

Regelung einverstanden erklärt hatten. Als die Zusammenkunft auf den Vorschlag des Vormundschaftsrichters im nächsten Monat wiederholt werden sollte, erklärte St. W., er könne nicht zugeben, daß schon wieder ein Verkehr zwischen seinen Kindern und ihrer Mutter stattfinde, und beantrage den Verkehr beschlußmäßig zu regeln. Als Grund für seine Weigerung gab W., der sich inzwischen wieder verheiratet hat, an, er und seine Frau hätten viel unter den Anfeindungen der A. Sp. und ihrer Verwandtschaft zu leiden, insbesondere werde er mit anonymen Schmähbriefen überhäuft. Nach der letzten Zusammenkunft hätten sich die Kinder auffallend scheu gegen ihre Stiefmutter benommen, er fürchte deshalb, daß sie gegen diese aufgehetzt würden; eine zu häufige Wiederholung des Verkehrs gefährde das Zusammengewöhnen der Kinder mit seiner jetzigen Frau und dadurch die Erziehung der Kinder. Das Vormundschaftsgericht ordnete nun an, daß für das nächste Vierteljahr von der Zustellung des Beschlusses an der Mutter ein einmaliger Verkehr in der Dauer von einer Stunde mit den Kindern gestattet werde und zwar in der Wohnung des Vormundschaftsrichters und unter dessen Aufsicht, daß aber der Mutter nicht gestattet sei, den Kindern Geschenke mitzubringen. Auf die Beschwerde der A. Sp. hob das LG. den amtsgerichtlichen Beschluß auf und ordnete an, daß es bei der in dem früheren landgerichtlichen Beschluß erfolgten Regelung sein Bewenden habe mit der Maßgabe, daß den Ort der Zusammenkünfte der Vormundschaftsrichter zu bestimmen habe. Das LG. nahm an, in den Verhältnissen, die zur Erlassung seines früheren Beschlusses geführt hätten, habe sich nur insofern etwas geändert, als die Zusammenkünfte nicht mehr bei J. H. in M. stattfinden könnten, das Vormundschaftsgericht habe daher nur in diesem Punkt eine neue Anordnung treffen können und sei nicht berechtigt gewesen, sich hinsichtlich der Zahl und der Zeitdauer der Zusammenkünfte über den früheren Beschluß hinwegzusetzen. Auf die weitere Beschwerde des St. W. hin wurden die Beschlüsse des AG. und des LG. aufgehoben und die Sache an das AG. zurückverwiesen.

Aus den Gründen: Wenn auch für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit im allgemeinen eine materielle Rechtskraft i. S. der streitigen Gerichtsbarkeit nicht anzuerkennen ist, so ist dem LG. doch darin beizustimmen, daß es auch auf diesem Gebiete dem unteren Gerichte nicht gestattet ist, eine Verfügung des übergeordneten Gerichts lediglich deshalb abzuändern, weil es sie für ungerechtfertigt erachtet. Das Gericht der ersten Instanz ist zwar — abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen — im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit berechtigt, jederzeit von Amts wegen oder auf Antrag ein neues Verfahren einzuleiten und nach § 18 FGG. seine eigene frühere Entscheidung abzuändern, oder — bei geänderter Sachlage — eine von einer früheren Entscheidung des vorgesetzten Gerichts abweichende Verfügung zu treffen; es kann sich aber nicht bei gleichgebliebener Sachlage über eine früher ergangene Entscheidung der vorgesetzten Gerichte hinwegsetzen. Das ergibt sich aus dem Wesen des Instanzenzugs. Mit Unrecht hat aber das LG. angenommen, daß sich die für den früheren Beschluß maßgebend gewesenen Verhältnisse nicht geändert hätten. Eine solche Aenderung ist zu erblicken in 1. der Tatsache, daß der Mühlbesitzer H. seine Zustimmung zur Abhaltung der Zusammenkünfte zwischen der Mutter und den Kindern in seinem Hause zurückgezogen hat; 2. der Wiederverheiratung des St. W.; 3. den von diesem vorgelegten anonymen Schmähbriefen. Angesichts der Weigerung des J. H., fernerhin sein Haus zur Verfügung zu stellen, muß ein anderer Ort für die Zusammenkünfte bestimmt werden; dies kann unter Umständen auch eine andere Regelung der Zahl und der Dauer der Zusammenkünfte notwendig machen, da nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß ein anderer geeigneter Platz zur Verfügung steht, an dem die Zusammenkünfte in gleicher Zahl und Zeitdauer wie bei H. stattfinden können; jedenfalls hat sich aber die Sachlage durch die Wiederverehelichung des St. W. und durch das Vorliegen der an diesen und die Angehörigen seiner jetzigen Frau gerichteten Schmähbriefe in einer Weise geändert, die bei Entscheidung der hier strittigen Frage nicht außer acht gelassen werden kann. Zweck der Bestimmung des § 1636 BGB. ist es, dem nicht fürsorgeberechtigten Elternteil eine Aufsicht zu ermöglichen, ob der andere Teil seinen Erziehungspflichten nachkommt, und den auf der Verwandtschaft beruhenden natürlichen Zusammenhang aufrecht zu erhalten, eine Entfremdung zwischen dem Kind und dem von der Erziehung ausgeschlossenen Elternteil zu verhindern. Um nun der Mutter die Aufsicht über die Erziehung ihrer Kinder zu ermöglichen, dazu bedarf es hier keiner besonderen Maßregeln. Die Kleinheit der örtlichen Verhältnisse, die Tatsache, daß die Mutter die Kinder täglich auf der Straße sehen und beobachten kann, verbürgen ihr die Aufsicht in ausreichender Weise. Was aber den zweiten Punkt anlangt, so sind bei der Regelung des Verkehrs durch das Vormundschaftsgericht zwar die sich aus § 1636 BGB. ergebenden Rechte des von der Fürsorge ausgeschlossenen Elternteils gebührend zu berücksichtigen, oberste Richtschnur muß aber immer das leibliche und geistige Wohl des Kindes bilden; es muß daher, soweit als mit dem Zwecke des § 1636 BGB. irgendwie vereinbar, jedem schädlichen Einfluß des nicht fürsorgeberechtigten Elternteils auf das Kind vorgebeugt werden und es sind andrerseits die Bestimmungen auch so zu treffen, daß die Interessen des fürsorgeberechtigten Teils nicht ungebührlich beeinträchtigt werden (vgl. Planck Anm. 3 b, RGR.-Komm. Anm. 1 zu § 1636). Es ist nun ohne weiteres klar, daß mit der Wiederverehelichung des Vaters in der Person der zweiten Frau ein neuer Faktor in das Leben der Kinder eingetreten ist, der bei der Regelung des Verkehrs zwischen ihnen und ihrer leiblichen Mutter berücksichtigt werden muß. Wenn auch der Stiefmutter das Recht und die Pflicht, für die Person der Kinder zu sorgen, nicht zusteht, so ist es doch bei den gegebenen Verhältnissen, insbesondere dem jugendlichen Alter der Kinder, selbstverständlich, daß tatsächlich in erster Linie sie die Erziehung zu leiten hat. Eine gedeihliche Erziehung ist nur möglich auf Grund eines mit der erforderlichen Autorität gepaarten Vertrauensverhältnisses. Unter Verhältnissen, wie sie hier gegeben sind, ist es also erstes Erfordernis, daß die Stiefmutter sich das Vertrauen der Kinder erwirbt, daß diese sich daran gewöhnen, in ihr eine wirkliche Mutter zu erblicken, daß ihr aber andererseits auch die nötige Autorität gewahrt wird. Es muß also alles von den Kindern so weit als möglich ferne gehalten werden, was ihr Vertrauen zu der Stiefmutter und deren Autorität beeinträchtigen würde, und zwar um so mehr, als jede derartige Beeinträchtigung notwendig auch ungünstige Folgen für das Verhältnis zwischen dem fürsorgeberechtigten Elternteil und den Kindern nach sich ziehen muß. Die erbitterte Feindschaft, die die A. Sp. gegen St. W. hegt, muß sich naturgemäß auch auf dessen jetzige Frau übertragen, es besteht also die dringende Befürchtung, daß die Mutter versucht, den Kindern das Vertrauen zu ihrer Stiefmutter zu entziehen und deren Autorität zu untergraben. Daß diese Gefahr tatsächlich besteht, geht aus den von dem Beschwerdeführer vorgelegten Schmähbriefen, insbesondere den an die jetzige Frau des Beschwerdeführers und ihren Vater gerichteten, deutlich genug hervor. Es ist also eine Aenderung der Verhältnisse eingetreten, die zu einer von dem früheren Beschluß des LG. abweichenden Beurteilung der Sache und insbesondere dazu führen kann, die Rechte der A. Sp. mehr einzuschränken, als es in diesem Beschlusse geschehen ist. Da das LG. das nicht berücksichtigt, sondern ohne

materielle Würdigung entschieden hat, konnte sein Beschluß nicht aufrecht erhalten werden. — Aber auch der Beschluß des Vormundschaftsgerichts mußte aufgehoben werden. Dieses hat nur für das nächste Vierteljahr eine Verfügung getroffen und will demnach den Verkehr nicht für längere Zeit sondern nur von Fall zu Fall regeln. Dabei hat es aber die berechtigten Interessen der Mutter nicht gebührend berücksichtigt. Eine derartige Regelung mag in ganz besonders gelagerten Fällen angängig sein, wo eine weiter hinausgehende Vorsorge aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist; sie ist aber hier nicht zulässig, da nicht ersichtlich ist, warum nicht eine allgemeine Regelung möglich sein sollte. Es kann der Mutter nicht zugemutet werden, daß sie immer erst das Gericht anruft, wenn sie mit ihren Kindern verkehren will, und sich unter Umständen jedesmal erst das Recht zum Verkehr im Instanzenzug erkämpft. Sie kann verlangen, daß ihre Beziehungen zu ihren Kindern auf eine feste Grundlage gestellt werden, sie muß auch in die Lage versetzt werden, die ihr zugesprochenen Rechte nötigenfalls auf dem Wege der Vollstreckung rechtzeitig zu verwirklichen. Dies aber wird ihr tatsächlich vereitelt, wenn sie bei jeder von Fall zu Fall erfolgenden Anordnung des Vormundschaftsgerichts damit rechnen muß, daß diese mit der Beschwerde und weiteren Beschwerde angefochten wird. Eine allgemeine Regelung liegt auch im Interesse der Kinder selbst, da diese von den fortgesetzten Streitigkeiten Kenntnis erhalten und dadurch ihre Gemüter noch weiter verwirrt würden, als es bei den unerquicklichen Verhältnissen ohnehin unausbleiblich ist. Das AG. wird also eine generelle Regelung zu treffen und dabei zu berücksichtigen haben, daß das Geben von Geschenken nicht unter den Begriff des persönlichen Verkehrs fällt, daß es sohin auch nicht von dem Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1636 BGB. untersagt werden kann. (Beschl. des I. ZS. vom 20. Juni 1914, Reg. III Nr. 53/1914). M.

3472

Strafsachen.

Zu § 360 Nr. 8 StGB.: Wer darf in Bayern das Wort „von" vor seinem Namen führen? Aus den Gründen: In der Pfarrmatrikel von W. finden sich seit ein paar Jahrhunderten Einträge von Angehörigen der Familie von H.; als letzter dieses Namens ist der im Jahre 18.. geborene Johann von H. eingetragen; dieser nahm vermutlich wegen Betriebes eines Bierausschanks den bürgerlichen Namen Vonh. an; unter diesem Namen ist auch sein Sohn K. in die Pfarrmatrikel eingetragen; er und nach seinem Tode dessen Witwe suchten vergeblich um die Genehmigung des früheren Namens von H. nach. Trotzdem legte die Witwe sich jetzt den Namen von H. bei. Laut Mitteilung des Reichsherolds ist eine Familie „von H." in der bayerischen Adelsmatrikel nicht eingetragen; die Witwe Vonh. gehöre dem Adelsstande nicht an und dürfe das Beiwort „von" als Adelsprädikat nicht führen. Das Berufungsgericht verurteilte die Witwe Vonh. wegen einer Uebertretung nach dem § 360 Nr. 8 StGB.; ihre Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Wenn auch der Inhalt und die Wirkungen des Namensrechtes vorwiegend privatrechtlich sein mögen, so gehören doch Entstehung und Aenderung der Namen, von hier nicht in Betracht kommenden Privatrechtstiteln wie § 1355 BGB. abgesehen, dem öffentlichen Rechte an; ganz diesem angehörig ist aber das Standesrecht (v. Henle-v. Schneider, AusfG., 2. Aufl. S. 12 u. 13). Nun kennt das öffentliche Recht Bayerns das Bei- oder Vorwort „von" ausschließlich als Adelsprädikat; dieses Wort bezeichnet nach § 6 der V. VerfBeil. (Adelsedikt) den fünften Grad der dort anerkannten Ordnung des Adelsstandes (OLG München 2, 544; 3, 511; 8, 438; BayObLG. in BlfRA 68, 327; Oertmann, BayLandesprivatR. S. 56). Hieraus ergibt sich, daß in Bayern das Wort „von" nicht Bestandteil eines bürgerlichen Namens sein kann, sondern immer Adelsprädikat ist und demnach nicht den namensrechtlichen Vorschriften des BGB. unterliegt (Staudinger BGB., Aufl. 7/8, 4, 155 Bem. 10 zu § 1355). Uebrigens kommt auf die Entscheidung der Frage, ob in Bayern das Wort „von" in Verbindung mit einem bürgerlichen Namen vorkommen kann, für den vorliegenden Fall nichts an; maßgebend ist, daß nach den Feststellungen die Angeklagte sich des Namens „von H." bedient, um sich als adelig zu bezeichnen. Daß die Angeklagte mit der Wiederannahme und Führung des Namens „von H." auf den dieser Familie nach ihrer Behauptung zukommenden Adel zurückgreifen, nicht etwa einen bürgerlichen Namen der vorhin bezeichneten Art geltend machen wollte, folgt insbesondere aus ihrer vom Schöffengerichte festgestellten, vom BG. übernommenen Erklärung, daß ihr Schwiegervater die Namensänderung (eigenmächtig) vorgenommen habe, weil er als Führer einer Schankwirtschaft sich nicht als adelig bezeichnen lassen wollte; hiernach ist mit Recht angenommen, daß die Angeklagte auf den älteren Namen offenbar als auf eine Adelsbezeichnung zurückgreift. Nun hat sie selbst nie behauptet, daß dieser Name in die bayerische Adelsmatrikel eingetragen sei, das Gegenteil steht durch die vollbeweisende Auskunft des Heroldsamts fest. Unter diesen Umständen ist nicht zu untersuchen, welche Wirkungen die bisherige Unterlassung des Eintrags nach den älteren und neueren Adelsedikten und nach den dazugehörigen (übrigens durchaus verfassungsgemäßen) Ausführungsverordnungen für einen etwaigen Fortbestand des Adels selbst gehabt hat; es genügt der Hinweis auf den Wortlaut des § 8 Abs. 1 der V. VerfBeil., auf die schon hervorgehobene Eigenschaft des Wortes „von" als Vorrecht des bayerischen Adels, und auf die Belanglosigkeit der Frage, ob ein bayerischer Staatsangehöriger früher irgend welchem außerbayerischen Adel angehört hat oder nicht. Nicht minder belanglos ist eine Erörterung darüber, ob die Ablegung des Adelsprädikates durch Johann von H.. richtiger durch bloße Weglassung des „von", als durch die Annahme des Namens „Vonh." hätte erfolgen können oder sollen; maßgebend ist, daß für die Angeklagte ein Adelstitel in der Adelsmatrikel für das Königreich Bayern nicht eingetragen ist. Die unter Anklage gestellte Handlungsweise der Beschwerdeführerin war, wie das BG. bedenkenfrei festgestellt hat, von dem durch den Mißerfolg ihrer früheren Schritte und durch ausdrückliche polizeiliche Warnung begründeten Bewußtsein getragen, daß sie den bürgerlichen Namen „Vonh." nicht mit dem ein Adelsprädikat enthaltenden Namen „von H." vertauschen dürfe; ihr Tun war ferner von dem Willen getragen, sich durch Führung des letzteren Namens als eine Adelige, als die Angehörige einer adeligen Familie, geltend zu machen. Hiegegen richtet sich das Verbot des § 360 Nr. 8 StGB., den nach alledem das BG. durchaus zutreffend angewandt hat. (Urt. vom 17. September 1914, Rev.-Reg. Nr. 539/1914). Ed.

3467

Oberlandesgericht Bamberg.

Ist der Antrag nach § 16 GKG. dem Anwaltszwang unterworfen? Ist in jedem Fall das Urteil der Vorinstanz als im ganzen Umfang angefochten anzusehen, wenn die Rechtsmittelschrift nur die Anmeldung des Rechtsmittels, nicht aber auch einen bestimmten Antrag enthält? Streitwert in der Berufungsinstanz. Während eines Scheidungsstreites beantragte die klagende Ehefrau, im Wege einstweiliger Verfügung

auszusprechen, a) daß ihr gestattet werde, für die Dauer des Rechtsstreits getrennt von ihrem Ehemann zu leben, b) daß ihr die Sorge für die Person der Tochter zugesprochen werde, c) daß der Beklagte verpflichtet sei, seiner Frau und dem ihr zuzusprechenden Kinde Unterhalt zu gewähren durch Zahlung einer Geldrente von etwa 250 M monatlich, eventuell eines nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Betrages. Das nach mündlicher Verhandlung ergangene Endurteil erkannte zu a nach Antrag, zu c sprach es die Verpflichtung des Beklagten aus, der Klägerin eine monatliche Unterhaltsrente von 150 M zu zahlen; im übrigen d. h. also zu b ganz und zu c, soweit eine höhere Monatsrente als 150 M begehrt wurde, lehnte das Urteil die Erlassung der einstweiligen Verfügung ab. Gegen das Urteil legte RA. Dr. S. namens des Beklagten Berufung ein. Antragsstellung und Begründung wurden einem besonderen Schriftsatze vorbehalten, der aber nicht einlief, weil schon vor dem zur Verhandlung bestimmten Termin die Berufung zurückgenommen wurde. Diese Erklärung wurde im Verhandlungstermin wiederholt, die Sache wurde antragsgemäß zur Bereinigung des Kostenpunktes vertagt. RA. B., der erstinstanzielle Prozeßbevollmächtigte des Beklagten, beantragte bei dem OLG. schriftlich die Festsetzung des Streitwerts. Das OLG. setzte den Streitwert für die Berufungsinstanz auf 360 M fest.

Aus den Gründen: Zunächst fragt es sich, ob der bei dem OLG. nicht zugelassene erstinstanzielle Prozeßbevollmächtigte des Beklagten zur Stellung des Antrags berechtigt ist. Bekanntlich besteht in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung Streit darüber, ob der Antrag nach § 16 GKG. dem Anwaltszwang unterliegt. Pfafferoth, Gerichtskostenwesen (9) S. 132 Nr. 4 spricht sich, wenn auch etwas unsicher, im Anschluß an OLG. Dresden vom 30. März 1901 für Freiheit des Antrags vom Anwaltszwang aus. Rittmann, GKG. (6) S. 97 lehrt, daß der Antrag dem Anwaltszwang des § 78 I ZPO. unterliege, und beruft sich hiefür auf einen Beschluß des OLG. Frankfurt a. M. vom 27. April 1897 und einen solchen des OLG. Bamberg I. ZS. vom 11. Juli 1903, letzterer abgedruckt in SeuffA. Bd. 60 Nr. 85. Gegen die Ansicht, daß der Antrag nach § 16 GKG. dem Anwaltszwang unterliege, wendet sich mit beachtenswerten Ausführungen eine in BayZfR. 1907 S. 245 ff. erschienene Abhandlung, auf welche wegen des Standes der Streitfrage der Kürze halber Bezug genommen wird. Der FS. des OLG. Bamberg weicht nach Prüfung der Streitfrage von der im Beschluß seines I. ZS. vom 11. Juli 1903 vertretenen Ansicht ab und schließt sich der inzwischen vom VI. ZS. des RG. in seinem Beschl. vom 6. März 1911 (Bureaubl. für gerichtl. Beamte, Berlin 11, 57) dargelegten Anschauung an, wonach der Antrag nach § 16 GKG. vom Anwaltszwang befreit ist. Der entscheidende Teil des Beschlusses findet sich in Warneyers Jahrb. 10. Jahrg. 1911 S. 562. Nach „Recht" 1911 Nr. 1629 ist der Beschluß im wesentlichen begründet wie folgt: „Da nach § 16 II GKG. verglichen mit § 4 III GKG. die Partei eine gegen einen Wertfestsetzungsbeschluß an sich zulässige Beschwerde ohne Mitwirkung eines Anwalts selbst schriftlich einlegen kann, so muß sie folgerichtig auch bei dem Antrag auf Wertfestsetzung selbst (§ 16 I GKG.) sich der gleichen Form bedienen können und daraus folgt dann wieder, daß ein solcher Antrag auch durch einen beliebigen Bevollmächtigten schriftlich gestellt werden kann." — Welches ist nun hier der Streitwert für die Berufungsinstanz? Ist dem Wortlaute der Berufungsschrift entsprechend die Berufung gegen das ganze Endurteil gerichtet? Nach Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren (7) § 13 II N. 6 Abs. II wird die Prozeßgebühr in der Berufungs- oder Revisionsinstanz bestimmt durch den Antrag in der Rechtsmittelschrift des Rechtsmittelklägers. Ist ein solcher Antrag nicht gestellt, so darf der Gegner annehmen, daß das Urteil im ganzen angefochten sei, soweit es zum Nachteil des Rechtsmittelklägers lautet. Bei § 10 N. 4 Abs. IV a. a. O. wird gesagt: „In der Berufungsinstanz gilt, wenn die Berufung ohne bestimmten Antrag eingelegt ist, der ganze Inhalt des Urteils, soweit es dem Berufungskläger nachteilig ist, als angefochten." Siehe hiewegen auch Pfafferoth a. a. O. § 9 N. 6 lit. l S. 43. Auch die Beschlüsse des RG. vom 15. Januar 1890 und 7. Januar 1899 (RGZ. 25, 380 ff. und JW. 99, 97 [24]) sprechen davon, daß beim Fehlen eines Antrags in der Rechtsmittelschrift anzunehmen sei, das Urteil sei im ganzen Umfang angefochten. Würde hier nur der Wortlaut der den Beklagten verurteilenden Formel des Urteils berücksichtigt, so wäre freilich die ganze gegen ihn ergangene Entscheidung ihm nachteilig. Dies wäre aber nicht sachentsprechend. Es ist vielmehr aus dem ganzen Urteil zu entnehmen, was in Wirklichkeit der unterliegenden Partei nachteilig ist. Aus dem Tatbestand und den Gründen des Urteils geht hervor: der Bekl. unterwarf sich bei der mündlichen Verhandlung sofort dem Antrag unter a und bestritt nur zu c seine Verpflichtung, eine höhere Monatsrente als 120 M zu zahlen. Dementsprechend lautet auch sein Antrag. Es war also schon im Lauf der Verhandlung erster Instanz nur noch der Antrag unter b strittig geblieben und von dem Antrag unter c der Unterschied zwischen 250 M und 120 M. Da der Antrag unter b ganz abgewiesen und auf den Antrag unter c hin nur eine Monatsrente von 150 M zugesprochen wurde, konnte alsbald ersehen werden, daß die Berufung nur auf den Unterschied zwischen der zugesprochenen und der vom Beklagten sofort zugestandenen Monatsrente sich erstreckte. Zwischen den beiden Beträgen ist ein Unterschied von 30 M, woraus sich nach § 9a Abs. III GKG. ein Streitwert von 360 M berechnet. Nur die Zuerkennung einer Monatsrente, welche die von ihm selbst zugestandene um 30 M monatlich übersteigt, ist in Wirklichkeit dem Beklagten nachteilig. In dieser Hinsicht tritt der FS. der Anschauung bei, die in einem Beschluß des RG., VI. ZS., vom 4. März 1897 dargelegt ist (JW. 97, 185 [1]). Dort wird ausgeführt: „Richtig ist zwar, daß der Streitwert eines Rechtsmittels, solange noch kein Antrag des Rechtsmittelklägers vorliegt, sich nur darnach bestimmt, wie weit der letztere durch die von ihm angefochtene Entscheidung formell beschwert ist. Aber ein verurteilter Beklagter ist nicht schlechthin zum ganzen Belauf seiner Verurteilung formell beschwert, sondern nur soweit er gegen seinen Antrag verurteilt ist . . ." Demnach war der Streitwert für die Berufungsinstanz auf 360 M festzusetzen. (Beschluß des FS. vom 12. September 1914, L 227/14 II).

Oberlandesgerichtsrat Gechter in Bamberg.

3465

Oberlandesgericht Nürnberg.

Schriftform der Bürgschaftserklärung; Hauptverbindlichkeit als Voraussetzung der Bürgschaft; Ersetzung der ursprünglichen Hauptverbindlichkeit durch eine andere (§§ 765, 766 BGB.). Aus den Gründen: Der Schuldschein des H. über 700 M ist zwar vom Bürgen W. ohne eigene Bürgschaftserklärung nur mitunterzeichnet, allein nach dem sich anschließenden Nachtrag vom gleichen Tage, den ebenfalls H. und W. unterschrieben haben, soll „obige Erklärung und Bürgschaft für weitere 800 M, im ganzen für 1500 M gültig sein". Da unbestrittenermaßen das Schuldbekenntnis von H. und die Bürgschaftserklärung von W. abgegeben wurde, so liegt eine formgerechte Bürgschaftserklärung des W. für 1500 M Schuld des H. an B. vor und kommt der Mangel einer Bürgschaftserklärung in dem von W. nur mitunterzeichneten ersten Schuldschein nicht weiter in Betracht (§ 766 BGB.; Staudinger, 7/8. Bd. II. 2

materielle Würdigung entschieden hat, konnte sein Beschluß nicht aufrecht erhalten werden. — Aber auch der Beschluß des Vormundschaftsgerichts mußte aufgehoben werden. Dieses hat nur für das nächste Vierteljahr eine Verfügung getroffen und will demnach den Verkehr nicht für längere Zeit sondern nur von Fall zu Fall regeln. Dabei hat es aber die berechtigten Interessen der Mutter nicht gebührend berücksichtigt. Eine derartige Regelung mag in ganz besonders gelagerten Fällen angängig sein, wo eine weiter hinausgehende Vorsorge aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist; sie ist aber hier nicht zulässig, da nicht ersichtlich ist, warum nicht eine allgemeine Regelung möglich sein sollte. Es kann der Mutter nicht zugemutet werden, daß sie immer erst das Gericht anruft, wenn sie mit ihren Kindern verkehren will, und sich unter Umständen jedesmal erst das Recht zum Verkehr im Instanzenzug erkämpft. Sie kann verlangen, daß ihre Beziehungen zu ihren Kindern auf eine feste Grundlage gestellt werden, sie muß auch in die Lage versetzt werden, die ihr zugesprochenen Rechte nötigenfalls auf dem Wege der Vollstreckung rechtzeitig zu verwirklichen. Dies aber wird ihr tatsächlich vereitelt, wenn sie bei jeder von Fall zu Fall erfolgenden Anordnung des Vormundschaftsgerichts damit rechnen muß, daß diese mit der Beschwerde und weiteren Beschwerde angefochten wird. Eine allgemeine Regelung liegt auch im Interesse der Kinder selbst, da diese von den fortgesetzten Streitigkeiten Kenntnis erhalten und dadurch ihre Gemüter noch weiter verwirrt würden, als es bei den unerquicklichen Verhältnissen ohnehin unausbleiblich ist. Das AG. wird also eine generelle Regelung zu treffen und dabei zu berücksichtigen haben, daß das Geben von Geschenken nicht unter den Begriff des persönlichen Verkehrs fällt, daß es sohin auch nicht von dem Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1636 BGB. untersagt werden kann. (Beschl. des I. ZS. vom 20. Juni 1914, Reg. III Nr. 53/1914). M.

3472

Strafsachen.

Zu § 360 Nr. 8 StGB.: Wer darf in Bayern das Wort „von" vor seinem Namen führen? Aus den Gründen: In der Pfarrmatrikel von W. finden sich seit ein paar Jahrhunderten Einträge von Angehörigen der Familie von H.; als letzter dieses Namens ist der im Jahre 18.. geborene Johann von H. eingetragen; dieser nahm vermutlich wegen Betriebes eines Bierausschanks den bürgerlichen Namen Bonh. an; unter diesem Namen ist auch sein Sohn K. in die Pfarrmatrikel eingetragen; er und nach seinem Tode dessen Witwe suchten vergeblich um die Genehmigung des früheren Namens von H. nach. Trotzdem legte die Witwe sich jetzt den Namen von H. bei. Laut Mitteilung des Reichsherolds ist eine Familie „von H." in der bayerischen Adelsmatrikel nicht eingetragen; die Witwe Bonh. gehöre dem Adelsstande nicht an und dürfe das Beiwort „von" als Adelsprädikat nicht führen. Das Berufungsgericht verurteilte die Witwe Bonh. wegen einer Uebertretung nach dem § 360 Nr. 8 StGB.; ihre Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Wenn auch der Inhalt und die Wirkungen des Namensrechtes vorwiegend privatrechtlich sein mögen, so gehören doch Entstehung und Aenderung der Namen, von hier nicht in Betracht kommenden Privatrechtstiteln wie § 1355 BGB. abgesehen, dem öffentlichen Rechte an; ganz diesem angehörig ist aber das Standesrecht (v. Henle-v. Schneider, AusfG., 2. Aufl. S. 12 u. 13). Nun kennt das öffentliche Recht Bayerns das Bei- oder Vorwort „von" ausschließlich als Adelsprädikat; dieses Wort bezeichnet nach § 6 der V. VerfBeil. (Adelsedikt) den fünften Grad der dort anerkannten Ordnung des Adelsstandes (OLG. München 2, 544; 3, 511; 8, 438; BayObLG. in BlfRA. 68, 327; Oertmann, BayLandesprivatR. S. 56). Hieraus ergibt sich, daß in Bayern das Wort „von" nicht Bestandteil eines bürgerlichen Namens sein kann, sondern immer Adelsprädikat ist und demnach nicht den namensrechtlichen Vorschriften des BGB. unterliegt (Staudinger BGB., Aufl. 7/8, 4, 155 Bem. 10 zu § 1355). Uebrigens kommt auf die Entscheidung der Frage, ob in Bayern das Wort „von" in Verbindung mit einem bürgerlichen Namen vorkommen kann, für den vorliegenden Fall nichts an; maßgebend ist, daß nach den Feststellungen die Angeklagte sich des Namens „von H." bedient, um sich als adelig zu bezeichnen. Daß die Angeklagte mit der Wiederannahme und Führung des Namens „von H." auf den dieser Familie nach ihrer Behauptung zukommenden Adel zurückgreifen, nicht etwa einen bürgerlichen Namen der vorhin bezeichneten Art geltend machen wollte, folgt insbesondere aus ihrer vom Schöffengerichte festgestellten, vom BG. übernommenen Erklärung, daß ihr Schwiegervater die Namensänderung (eigenmächtig) vorgenommen habe, weil er als Führer einer Schankwirtschaft sich nicht als adelig bezeichnen lassen wollte; hiernach ist mit Recht angenommen, daß die Angeklagte auf den älteren Namen offenbar als auf eine Adelsbezeichnung zurückgreift. Nun hat sie selbst nie behauptet, daß dieser Name in die bayerische Adelsmatrikel eingetragen sei, das Gegenteil steht durch die vollbeweisende Auskunft des Heroldsamts fest. Unter diesen Umständen ist nicht zu untersuchen, welche Wirkungen die bisherige Unterlassung des Eintrags nach den älteren und neueren Adelsedikten und nach den dazugehörigen (übrigens durchaus verfassungsgemäßen) Ausführungsverordnungen für einen etwaigen Fortbestand des Adels selbst gehabt hat; es genügt der Hinweis auf den Wortlaut des § 8 Abs. 1 der V. VerfBeil., auf die schon hervorgehobene Eigenschaft des Wortes „von" als Vorrecht des bayerischen Adels, und auf die Belanglosigkeit der Frage, ob ein bayerischer Staatsangehöriger früher irgend welchem außerbayerischen Adel angehört hat oder nicht. Nicht minder belanglos ist eine Erörterung darüber, ob die Ablegung des Adelsprädikates durch Johann von H., richtiger durch bloße Weglassung des „von", als durch die Annahme des Namens „Bonh." hätte erfolgen können oder sollen; maßgebend ist, daß für die Angeklagte ein Adelstitel in der Adelsmatrikel für das Königreich Bayern nicht eingetragen ist. Die unter Anklage gestellte Handlungsweise der Beschwerdeführerin war, wie das BG. bedenkenfrei festgestellt hat, von dem durch den Mißerfolg ihrer früheren Schritte und durch ausdrückliche polizeiliche Warnung begründeten Bewußtsein getragen, daß sie den bürgerlichen Namen „Bonh." nicht mit dem ein Adelsprädikat enthaltenden Namen „von H." vertauschen dürfe; ihr Tun war ferner von dem Willen getragen, sich durch Führung des letzteren Namens als eine Adelige, als die Angehörige einer adeligen Familie, geltend zu machen. Hiegegen richtet sich das Verbot des § 360 Nr. 8 StGB., den nach alledem das BG. durchaus zutreffend angewandt hat. (Urt. vom 17. September 1914, Rev.-Reg. Nr. 539/1914). Ed.

3467

Oberlandesgericht Bamberg.

Ist der Antrag nach § 16 GKG. dem Anwaltszwang unterworfen? Ist in jedem Fall das Urteil der Vorinstanz als im ganzen Umfang angefochten anzusehen, wenn die Rechtsmittelschrift nur die Anmeldung des Rechtsmittels, nicht aber auch einen bestimmten Antrag enthält? Streitwert in der Berufungsinstanz. Während eines Scheidungsstreites beantragte die klagende Ehefrau, im Wege einstweiliger Verfügung

auszusprechen, a) daß ihr gestattet werde, für die Dauer des Rechtsstreits getrennt von ihrem Ehemann zu leben, b) daß ihr die Sorge für die Person der Tochter zugesprochen werde, c) daß der Beklagte verpflichtet sei, seiner Frau und dem ihr zuzusprechenden Kinde Unterhalt zu gewähren durch Zahlung einer Geldrente von etwa 250 M monatlich, eventuell eines nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Betrages. Das nach mündlicher Verhandlung ergangene Endurteil erkannte zu a nach Antrag, zu c sprach es die Verpflichtung des Beklagten aus, der Klägerin eine monatliche Unterhaltsrente von 150 M zu zahlen; im übrigen d. h. also zu b ganz und zu c, soweit eine höhere Monatsrente als 150 M begehrt wurde, lehnte das Urteil die Erlassung der einstweiligen Verfügung ab. Gegen das Urteil legte RA. Dr. S. namens des Beklagten Berufung ein. Antragsstellung und Begründung wurden einem besonderen Schriftsatze vorbehalten, der aber nicht einlief, weil schon vor dem zur Verhandlung bestimmten Termin die Berufung zurückgenommen wurde. Diese Erklärung wurde im Verhandlungstermin wiederholt, die Sache wurde antragsgemäß zur Vereinigung des Kostenpunktes vertagt. RA. B., der erstinstanzielle Prozeßbevollmächtigte des Beklagten, beantragte bei dem OLG. schriftlich die Festsetzung des Streitwerts. Das OLG. setzte den Streitwert für die Berufungsinstanz auf 360 M fest.

Aus den Gründen: Zunächst fragt es sich, ob der bei dem OLG. nicht zugelassene erstinstanzielle Prozeßbevollmächtigte des Beklagten zur Stellung des Antrags berechtigt ist. Bekanntlich besteht in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung Streit darüber, ob der Antrag nach § 16 GKG. dem Anwaltszwang unterliegt. Pfafferoth, Gerichtskostenwesen (9) S. 132 Nr. 4 spricht sich, wenn auch etwas unsicher, im Anschluß an OLG. Dresden vom 30. März 1901 für Freiheit des Antrags vom Anwaltszwang aus. Rittmann, GKG. (6) S. 97 lehrt, daß der Antrag dem Anwaltszwang des § 78 I ZPO. unterliege, und beruft sich hiefür auf einen Beschluß des OLG. Frankfurt a. M. vom 27. April 1897 und einen solchen des OLG. Bamberg I. ZS. vom 11. Juli 1903, letzterer abgedruckt in SeuffA. Bd. 60 Nr. 85. Gegen die Ansicht, daß der Antrag nach § 16 GKG. dem Anwaltszwang unterliege, wendet sich mit beachtenswerten Ausführungen eine in BayZfR. 1907 S. 245 ff. erschienene Abhandlung, auf welche wegen des Standes der Streitfrage der Kürze halber Bezug genommen wird. Der FS. des OLG. Bamberg weicht nach Prüfung der Streitfrage von der im Beschluß seines I. ZS. vom 11. Juli 1903 vertretenen Ansicht ab und schließt sich der inzwischen vom VI. ZS. des RG. in seinem Beschl. vom 6. März 1911 (Bureaubl. für gerichtl. Beamte, Berlin 11, 57) dargelegten Anschauung an, wonach der Antrag nach § 16 GKG. vom Anwaltszwang befreit ist. Der entscheidende Teil des Beschlusses findet sich in Warneyers Jahrb. 10. Jahrg. 1911 S. 562. Nach „Recht" 1911 Nr. 1629 ist der Beschluß im wesentlichen begründet wie folgt: „Da nach § 16 II GKG. verglichen mit § 4 III GKG. die Partei eine gegen einen Wertfestsetzungsbeschluß an sich zulässige Beschwerde ohne Mitwirkung eines Anwalts selbst schriftlich einlegen kann, so muß sie folgerichtig auch bei dem Antrag auf Wertfestsetzung selbst (§ 16 I GKG.) sich der gleichen Form bedienen können und daraus folgt dann wieder, daß ein solcher Antrag auch durch einen beliebigen Bevollmächtigten schriftlich gestellt werden kann." — Welches ist nun hier der Streitwert für die Berufungsinstanz? Ist dem Wortlaute der Berufungsschrift entsprechend die Berufung gegen das ganze Endurteil gerichtet? Nach Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren (7) § 13 II N. 6 Abs. II wird die Prozeßgebühr in der Berufungs- oder Revisionsinstanz bestimmt durch den Antrag in der Rechtsmittelschrift des Rechtsmittelklägers. Ist ein solcher Antrag nicht gestellt, so darf der Gegner annehmen, daß das Urteil im ganzen angefochten sei, soweit es zum Nachteil des Rechtsmittelklägers lautet. Bei § 10 N. 4 Abs. IV a. a. O. wird gesagt: „In der Berufungsinstanz gilt, wenn die Berufung ohne bestimmten Antrag eingelegt ist, der ganze Inhalt des Urteils, soweit es dem Berufungskläger nachteilig ist, als angefochten." Siehe hiewegen auch Pfafferoth a. a. O. § 9 N. 6 lit. 1 S. 43. Auch die Beschlüsse des RG. vom 15. Januar 1890 und 7. Januar 1899 (RGZ. 25, 380 ff. und JW. 99, 97 [24]) sprechen davon, daß beim Fehlen eines Antrags in der Rechtsmittelschrift anzunehmen sei, das Urteil sei im ganzen Umfang angefochten. Würde hier nur der Wortlaut der den Beklagten verurteilenden Formel des Urteils berücksichtigt, so wäre freilich die ganze gegen ihn ergangene Entscheidung ihm nachteilig. Dies wäre aber nicht sachentsprechend. Es ist vielmehr aus dem ganzen Urteil zu entnehmen, was in Wirklichkeit der unterliegenden Partei nachteilig ist. Aus dem Tatbestand und den Gründen des Urteils geht hervor: der Bekl. unterwarf sich bei der mündlichen Verhandlung sofort dem Antrag unter a und bestritt nur zu c seine Verpflichtung, eine höhere Monatsrente als 120 M zu zahlen. Dementsprechend lautet auch sein Antrag. Es war also schon im Lauf der Verhandlung erster Instanz nur noch der Antrag unter b strittig geblieben und von dem Antrag unter c der Unterschied zwischen 250 M und 120 M. Da der Antrag unter b ganz abgewiesen und auf den Antrag unter c hin nur eine Monatsrente von 150 M zugesprochen wurde, konnte alsbald ersehen werden, daß die Berufung nur auf den Unterschied zwischen der zugesprochenen und der vom Beklagten sofort zugestandenen Monatsrente sich erstreckte. Zwischen den beiden Beträgen ist ein Unterschied von 30 M, woraus sich nach § 9a Abs. III GKG. ein Streitwert von 360 M berechnet. Nur die Zuerkennung einer Monatsrente, welche die von ihm selbst zugestandene um 30 M monatlich übersteigt, ist in Wirklichkeit dem Beklagten nachteilig. In dieser Hinsicht tritt der FS. der Anschauung bei, die in einem Beschluß des RG., VI. ZS., vom 4. März 1897 dargelegt ist (JW. 97, 185 [1]). Dort wird ausgeführt: „Richtig ist zwar, daß der Streitwert eines Rechtsmittels, solange noch kein Antrag des Rechtsmittelklägers vorliegt, sich nur darnach bestimmt, wie weit der letztere durch die von ihm angefochtene Entscheidung formell beschwert ist. Aber ein verurteilter Beklagter ist nicht schlechthin zum ganzen Belauf seiner Verurteilung formell beschwert, sondern nur soweit er gegen seinen Antrag verurteilt ist . . ." Demnach war der Streitwert für die Berufungsinstanz auf 360 M festzusetzen. (Beschluß des FS. vom 12. September 1914, L 227/14 II).

Oberlandesgerichtsrat Gechter in Bamberg.

3465

Oberlandesgericht Nürnberg.

Schriftform der Bürgschaftserklärung; Hauptverbindlichkeit als Voraussetzung der Bürgschaft; Ersetzung der ursprünglichen Hauptverbindlichkeit durch eine andere (§§ 765, 766 BGB.). Aus den Gründen: Der Schuldschein des H. über 700 M ist zwar vom Bürgen W. ohne eigene Bürgschaftserklärung nur mitunterzeichnet, allein nach dem sich anschließenden Nachtrag vom gleichen Tage, den ebenfalls H. und W. unterschrieben haben, soll „obige Erklärung und Bürgschaft für weitere 800 M, im ganzen für 1500 M gültig sein". Da unbestrittenermaßen das Schuldbekenntnis von H. und die Bürgschaftserklärung von W. abgegeben wurde, so liegt eine formgerechte Bürgschaftserklärung des W. für 1500 M Schuld des H. an B. vor und kommt der Mangel einer Bürgschaftserklärung in dem von W. nur mitunterzeichneten ersten Schuldschein nicht weiter in Betracht (§ 766 BGB.; Staudinger, 7/8. Bd. II. 2

S. 1497 Anm. I b β zu § 766; RG. 77, 378; 78, 37). — Da durch den Bürgschaftsvertrag der Bürge sich gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 BGB.), so wird für die Bürgschaft eine — wenn auch künftige — Hauptverbindlichkeit vorausgesetzt; soweit eine solche fehlt oder nicht entsteht, entsteht auch keine Bürgschaftsverbindlichkeit. Nach dem Vertrag zwischen H. und B. hatte letzterer dem ersteren noch weitere 800 M Darlehen zu geben; soweit B. sein Darlehensversprechen nicht erfüllte, entstand keine Darlehensschuld des H., soweit wurde auch die hierfür übernommene Bürgschaft des W. nicht wirksam. Daß ein Darlehensversprechen durch die „Anrechnung" einer älteren Schuld des Schuldners erfüllt werden könnte, ist begrifflich ausgeschlossen, zumal wenn die ältere Schuld noch gar nicht fällig ist. In Wirklichkeit haben B. und H. das Darlehensversprechen nachträglich aufgehoben und den Schuldschein über 800 M auf die ältere Schuld des H. in gleicher Höhe erstreckt. Da die Bürgschaftserklärung des W. sich nur auf ein künftiges Darlehen des B. bezog, wurde die an dessen Stelle gesetzte ältere Darlehensschuld des H. nicht von selbst von jener Erklärung ergriffen, sondern nur auf Grund einer neuen Einigung zwischen B. und W. Hierfür bedurfte es nicht einer neuen schriftlichen Erteilung der Bürgschaftserklärung des W., da dessen schon vorliegende schriftliche Erklärung für die ursprüngliche Schuld des H. noch nicht verbraucht oder sonstwie erledigt war; sie konnte formlos für eine andere Schuld des H. aufrecht erhalten werden (RGRKomm. (2.) I. 703 Anm. 1 § 766; RG. 70, 415; 59, 42; Warneyer, Jahrb. 1910 S. 121; Recht 1903 S. 551 zu § 765). Daß W. schließlich ebenso wie H. in diese Aenderung willigte und dem Gläubiger B. seine Einwilligung kundgab, ist erwiesen (wird näher ausgeführt). — (Urt. des II. ZS. vom 3. Juni 1914, L 249/13). B—r.

3450

Bücheranzeigen.

Clad, Dr. jur. Clovis, Der Ausverkauf. Geschichtliche Entwicklung und systematische Darstellung seiner Regelung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Leipziger Inauguraldissertation. Leipzig 1913, Serigsche Buchhandlung. Preis Mk. 4.

Die Schrift zerfällt in zwei Teile mit eigener Seitenzählung. Im ersten Teile (1—142) stellt der Verf. zunächst übersichtlich die geschichtliche Entwicklung der Regelung des Ausverkaufswesens dar (4—36). Die folgende systematische Darstellung (36—142) beschäftigt sich sodann mit dem Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb (37—44), ferner (44—142) mit dem Begriff des Ausverkaufs, seinen formellen und materiellen Voraussetzungen und den Mitteln, sowohl den zivil- wie strafrechtlichen, zur Bekämpfung des Ausverkaufsschwindels, soweit der Ausverkaufsschwindel als Erscheinung des unlauteren Wettbewerbs in Frage kommt.

Der zweite Teil des Buches (1—172) enthält die Uebersicht über die von den „höheren Verwaltungsbehörden" auf Grund der §§ 7 II und 9 II WettbewG. getroffene Regelung des Ausverkaufswesens und den Abdruck der Verordnungen der Verwaltungsbehörden, wie sie Ende 1912 galten. Die sorgfältige Schrift, welche sehr reiche Angaben über Literatur und Rechtsprechung enthält, wird der Praxis gute Dienste leisten.

Königsberg. Privatdozent Dr. Klein.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

A. Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. Herausgegeben von Dr. Otto Warneyer, Oberlandesgerichtsrat in Dresden. 12. Jahrg. 1913. XX, 556 Seiten.

B. Strafrecht und Strafprozeß. Herausgegeben von Georg Rosenmüller, Landgerichtsrat in Dresden. 8. Jahrgang 1913. XX, 245 Seiten. Leipzig 1914, Roßbergsche Verlagsbuchhandlung (Arthur Roßberg). Gebd. A Mk. 10.—, B Mk. 7.—.

Diese umfassende Sammlung der deutschen Rechtsprechung, auf die auch in den Urteilen des Reichsgerichts nicht selten verwiesen wird, ist von uns schon wiederholt angezeigt worden und so bekannt, daß es wohl genügt, auf das Erscheinen der neuen Bände hinzuweisen. E.

von Philippovich, Dr. Eugen, Professor an der Universität Wien. Grundriß der Politischen Oekonomie. Erster Band. Allgemeine Volkswirtschaftslehre. Zehnte, neubearbeitete Auflage (21.—23. Tausend). 512 Seiten. Tübingen 1913, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 11.— Mk., gebd. 12.— Mk.

Unter politischer Oekonomie versteht Ph. die äußerliche Zusammenfassung der drei selbständigen Wissenschaften: theoretische Volkswirtschaftslehre (Nationalökonomie, in neuerer Zeit auch Sozialökonomie genannt), Volkswirtschaftspolitik und Finanzwissenschaft (Staatswirtschaftslehre). Die Zusammenfassung bedeutet also nicht, daß die verschiedenen Wirtschaftswissenschaften Teile einer einheitlichen Wissenschaft sind; sie entspringt vielmehr nur äußeren Gründen, weil die Objekte durch sachliche Beziehungen miteinander verbunden sind. Als wir 1898 in München zu den Füßen Brentanos saßen, verwies er uns, wenn mich mein Gedächtnis nicht trügt, vor aller übrigen Literatur auf den (1893 in erster Auflage erschienenen) seit 1896 in zweiter Auflage vorliegenden obigen Band. Die Verbreitung dieses Grundrisses im Laufe von 20 Jahren spricht deutlicher als eine lange Besprechung für das Werk. Auch heute noch ist es, wie mir erst neulich einer unserer jüngeren Professoren der Nationalökonomie bestätigte, als das beste Lehrbuch zu empfehlen. Von seinen bekannten Vorzügen hebe ich nur die Klarheit und Gedankentiefe heraus. Die neue Auflage berücksichtigt natürlich auch die neueste Literatur und Statistik. Ausführlicher behandelt sie das Bevölkerungsproblem und die Versicherung als das Mittel, Vermögensverluste ohne Schädigung des Gesamtvermögens der Volkswirtschaft auszugleichen und Einkommen oder Kapital in Zeiten eintretenden Bedarfs sicher zu stellen, so daß der Verbrauch normal weiter verläuft ohne Störungen des Verbrauchs der Einzelwirtschaft und dadurch der Gütererzeugung. In der Darstellung der sozialen Bewegung ist dem Wachsen der syndikalistischen Bestrebungen Rechnung getragen.

Jena. Rechtsanwalt Dr. Böckel.

Militärhinterbliebenengesetz vom 17. Mai 1907 und **Beamtenhinterbliebenengesetz** vom 17. Mai 1907 nebst dazu gehöriger Begründung, Ausführungsbestimmungen, Anmerkungen usw. 116 S. Stuttgart 1914, Verlag von J. Heß. Geh. Mk. 2.—, geb. Mk. 2.50.

Ein Buch, das jetzt — leider! — einem dringenden Bedürfnis entgegenkommt, das diesem Bedürfnis aber auch mit seinen Anmerkungen, Beispielen für die Berechnungsweise usw. in erfreulicher Weise zu dienen geeignet ist. E.

Verantwortl. Herausgeber i. V.: E. Eckert, Landgerichtsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

Nr. 24. München, den 15. Dezember 1914. 10. Jahrg.

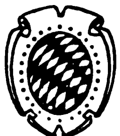
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern

Herausgegeben von
Th. von der Pfordten
Regierungsrat im K. Bayer. Staatsministerium der Justiz.

Verlag von
J. Schweitzer Verlag
(Arthur Sellier)
München, Berlin u. Leipzig.

(Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 79.)

Die Zeitschrift erscheint am 1. und 15. jedes Monats im Umfange von mindestens 2 Bogen. Preis vierteljährlich Mk. 3.—. Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und jede Postanstalt.



Leitung und Geschäftsstelle: München, Ottostraße 1a. Anzeigengebühr 30 Pfg. für die halbgespaltene Petitzeile oder deren Raum. Bei Wiederholungen Ermäßigung. Stellenanzeigen 20 Pfg. Beilagen nach Uebereinkunft.

Idealkonkurrenz und Aenderung der Strafklage im Standrecht.

Von A. Zeiler, I. Staatsanwalt in Zweibrücken.

1. Im Falle der Idealkonkurrenz bestimmt sich die Zuständigkeit nach dem schwersten der zur Verfolgung stehenden Delikte (Olshausen § 73 Anm. 39). Gilt dies auch für die Sondergerichte? auch in dem Sinne, daß nun das zuständige Gericht die Tat aus jedem rechtlichen Gesichtspunkte zu beurteilen hat?

In dem Falle RGE. 33, 405 lag dem Angeklagten eine Tat zur Last, die ein Vergehen der fahrlässigen Tötung und zugleich eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften der Rheinschiffahrtspolizeiordnung vom 3. Juli 1897 bildete. Die Strafkammer sprach bezüglich der fahrlässigen Tötung frei und erklärte sich zur Beurteilung der Tat aus dem Gesichtspunkt der Uebertretung für unzuständig, weil das Rheinschiffahrtsgericht als Sondergericht zuständig sei. Das Reichsgericht billigte die Anschauung, und aus den Gründen ergibt sich auch, daß das Reichsgericht es für unzulässig gehalten hätte, wenn die Strafkammer im Falle einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung auch über die damit rechtlich zusammenfließende Uebertretung abgeurteilt hätte. Wenn aber angenommen wird, daß die Strafkammer wegen der fahrlässigen Tötung verurteilte, was geschieht mit der in Idealkonkurrenz in Betracht kommenden Uebertretung? Dann ist die Tat nicht nach ihrem ganzen tatsächlichen und rechtlichen Umfange gewürdigt. Muß also der Staatsanwalt nach dem Legalitätsprinzip die Würdigung der Tat unter dem Gesichtspunkte der Uebertretung noch nachträglich herbeiführen? Prozeßrechtlich möglich ist dies ja (Löwe, 14. Aufl. S. 529 Anm. 30b), aber es wäre offensichtlich leeres Stroh gedroschen: die Strafe würde bei der zweiten Aburteilung um keinen Tag höher ausfallen, die Kosten wären unnütz aufgewendet, alle Beteiligten zwecklos belästigt. § 208 StPO. bietet hier keine Handhabe, da er, abgesehen von anderem, auf den Fall der Idealkonkurrenz nicht zugeschnitten ist. Aber immerhin, der Staatsanwalt wird nicht ängstlich am Buchstaben haften, sondern über das Legalitätsprinzip wegsehen und den Mut haben, die weitere Verfolgung zu unterlassen. Zur Begründung läßt sich ja sagen: die „Tat“ sei schon abgeurteilt. Erste Pflicht ist, die Strafrechtspflege nicht dem Gespötte auszusetzen.

In der genannten Entscheidung hat also das Reichsgericht die an die Spitze dieses Aufsatzes gestellte Regel für das Verhältnis zwischen dem ordentlichen Gericht und einem Sondergericht nicht angenommen. Bei Löwe (§ 13 GVG. Anm. 15a) ist bemerkt: „Im Verhältnis der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu der Sondergerichtsbarkeit ist jede der beiden Gerichtsbarkeiten eine ausschließliche. Es ist also nicht statthaft, zusammenhängende Sachen, von denen die eine zur Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts, die andere zu der eines Sondergerichtes gehört, verbunden vor eines dieser Gerichte zu bringen“. Dieser Satz hat anscheinend nur den Fall des sachlichen Zusammentreffens im Auge; über die Idealkonkurrenz ist bei Löwe nichts bemerkt. Aber auch, wenn das Reichsgericht a. a. O. die scharfe Scheidung der Zuständigkeiten zwischen dem ordentlichen und dem Sondergerichte betont hat, so wird das gleichwohl keine allgemeine Geltung beanspruchen können. So ist in der RMStGO. die Zuständigkeitsfrage in anderer Weise geregelt. § 3 bestimmt, daß Militärpersonen wegen gewisser Amtsverbrechen und Amtsvergehen der bürgerlichen Strafgerichtsbarkeit unterworfen sind, daß aber die Militärgerichtsbarkeit Platz greift, wenn mit der Handlung eine Zuwiderhandlung gegen die Militärstrafgesetze zusammentrifft; d. h. also die Militärstrafgerichtsbarkeit ist zuständig

zur Aburteilung der Tat aus jedem rechtlichen Gesichtspunkt und zwar gleichgültig, ob das militärische Delikt gegenüber dem bürgerlichen das leichtere oder das schwerere ist. Ebenso unterwirft zwar § 2 RMStGO. die Militärpersonen wegen gewisser anderer Zuwiderhandlungen den bürgerlichen Strafgerichten, aber auch hier wird, wenigstens nach der überwiegenden Meinung, wiederum die militärgerichtliche Zuständigkeit angenommen, wenn mit der ausgenommenen Zuwiderhandlung ein anderes gemeines oder militärisches Delikt zusammentrifft (vgl. Weigel, Zuständigkeitsgrenzen, § 2 MStGO. Anm. 5). Dieses „Zusammentreffen" gilt sogar für den Fall der Realkonkurrenz (RGE. 25, 347), also natürlich erst recht für die Idealkonkurrenz, so daß also die zum Sondergericht zuständige Tat von diesem nach allen rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen ist.

Nach dem Ausgeführten wird sich also eine allgemeine Regel nicht aufstellen lassen dahin, daß beim rechtlichen Zusammentreffen von Delikten, die teils dem ordentlichen, teils dem Sondergerichte zugewiesen sind, jedes dieser Gerichte die Tat nur aus dem ihm eigentlich zukommenden Gesichtspunkt aburteilen dürfte. Was für das einzelne Sondergericht gilt, wird sich nur entscheiden lassen nach der Art und der Zweckbestimmung des Sondergerichts sowie nach der Art der in Frage stehenden strafbaren Handlung und dem Verhältnis der zusammentreffenden Delikte zu einander. In § 3 MStGO. ist zwar die Zuständigkeitsregel des Abs. 2 ausdrücklich durch das Gesetz bestimmt, für die Fälle des § 2 dagegen fehlt es an einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, und die Frage konnte daher hier nur unter Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln ihre Lösung finden.

Nach diesen Gesichtspunkten wird nun auch die Frage zu prüfen sein, wie die Idealkonkurrenz beim Standrecht zu behandeln ist.

Nach dem preuß. Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 § 10 und ebenso nach Art. 6 Nr. 2 des bayer. Gesetzes vom 5. November 1912 über den Kriegszustand gehört u. a. zur Zuständigkeit eines Kriegsgerichts, in Bayern des standrechtlichen Gerichts, der Widerstand gegen die Staatsgewalt, nicht aber die Körperverletzung, weder ihre leichten noch ihre schweren Formen. Nehmen wir einen Widerstand gegen einen Schutzmann nach § 113 StGB. an, wobei der Widerstand zum Teil in einer vorsätzlichen Körperverletzung besteht. Man sollte meinen, wenn der gewöhnliche Widerstand um der öffentlichen Sicherheit willen dem Standrechte zugewiesen ist, so muß es ein Widerstand, der unter einer Körperverletzung und gar unter einer schweren Körperverletzung geleistet worden ist, also ein besonders schwerer und gefährlicher Widerstand, offenbar erst recht sein. Obwohl also für die Beurteilung der Tat aus dem schwereren Gesichtspunkt (der Körperverletzung) die Zuständigkeit des standrechtlichen Gerichts nicht bestimmt ist, so ist doch nicht um deswillen, weil die Tat auch unter diesen schwereren Gesichtspunkt fällt, ihre Aburteilung dem Standrecht entzogen, soweit sie unter dem Gesichtspunkt des Widerstands gewürdigt werden soll. Das Standrecht ist also sicher zur Aburteilung der Tat zuständig, wenigstens einmal zunächst aus dem Gesichtspunkte des Widerstands. Da das Standrecht nach seinem Zweck und der Gestaltung seines Verfahrens rascher arbeitet als das ordentliche Gericht, so wird also die Tat — sofern wir einmal annehmen, es müßten wegen der mehreren rechtlichen Gesichtspunkte getrennte Verfahren vor dem Sondergericht und dem ordentlichen Gerichte durchgeführt werden — vor dem standrechtlichen Gerichte früher erledigt. Dann kommt wieder die Frage, ob die Tat, die vom Standrecht aus dem Gesichtspunkt des Widerstands behandelt worden ist, nun auch noch vor dem ordentlichen Gerichte verfolgt werden muß. Man wird das vielleicht unterlassen, wenn die Körperverletzung mäßige Bedeutung hat. Auch hier ist 10 gegen 1 zu wetten, daß es im Strafmaß keine Aenderung geben wird. War z. B. die Körperverletzung ein kräftiger Stockstreich über den Arm des Schutzmanns, so wird diese Art der Ausführung des Widerstands selbstverständlich schon vom Standrecht beim Ausmaß der Strafe berücksichtigt, so daß also für ein folgendes Verfahren vor dem Schöffengericht kein vernünftiger Verfahrenszweck mehr übrig bleibt. Wie aber, wenn der Täter den Schutzmann nicht über den Arm, sondern über den Kopf geschlagen und damit Siechtum oder Tod verursacht hat? Das Höchstmaß der Strafe beträgt nach § 113 StGB. zwei Jahre Gefängnis; damit ist natürlich die Tat, insofern sie auch Verbrechen der Körperverletzung ist, nicht ausreichend gesühnt, und es müßte unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung eine zweite Verhandlung vor Strafkammer oder Schwurgericht durchgeführt werden. Kann aber hier die zweite Verhandlung nicht umgangen werden, so sehe ich keine rechtliche Möglichkeit, davon abzusehen in Fällen, wo nur eine bloße Körperverletzung nach §§ 223 oder 223a StGB. in Frage steht. Eine Sachbehandlung nach dem Vorbilde des § 208 StPO., wie sie die bayer. Vollzugsvorschriften zum Kriegszustandsgesetz in § 33 dem Staatsanwalt empfehlen, kann nicht erfolgen, da für diese Behandlung nur solche strafbare Handlungen geeignet sind, die zur standrechtlichen Zuständigkeit gehören. Soweit aber eine gerichtliche Einstellung des Verfahrens nach § 208 zu erwägen wäre, kämen die vorhin schon erwähnten Bedenken in Frage.

Die ganze Schwierigkeit wäre vermieden, wenn sich eine Befugnis des Standrechts begründen ließe, die Tat nach allen rechtlichen Beurteilungsmöglichkeiten zu behandeln, also in unserem Falle eine Zuständigkeit des Standrechts, den Täter nicht nur wegen Widerstands, sondern zugleich wegen Körper-

verletzung zu verurteilen, und zwar wegen leichter oder gefährlicher Körperverletzung, ja selbst wegen erschwerter Körperverletzung nach §§ 224 und 226.

Vor mir liegt ein Urteil eines standrechtlichen Gerichts in einer Sache wegen Widerstands, bei dem der Täter u. a. dem Schutzmann einen Stockstreich über die Hand gegeben hat. Das ordentliche Gericht hätte hier regelrecht verurteilt wegen eines Vergehens der gefährlichen Körperverletzung in rechtlichem Zusammentreffen mit einem Vergehen des Widerstands. Das standrechtliche Gericht getraute sich nicht, seine Zuständigkeit zur Verurteilung wegen Körperverletzung anzunehmen und verurteilte „wegen eines Vergehens des Widerstands gegen die Staatsgewalt zu drei Monaten Gefängnis". In den Gründen aber ist ausgeführt: „Str. hat . . . einem Beamten durch Gewalt Widerstand geleistet dadurch, daß er sich von ihm losriß und ihm einen Stockschlag über die Hand versetzte. Diese Handlung begründet ein Vergehen des Widerstands gegen die Staatsgewalt nach § 113 StGB. und zugleich ein Vergehen der gefährlichen Körperverletzung nach § 223a StGB. Die Strafe war deshalb nach § 73 aus § 223a zu entnehmen." Das kann nicht richtig sein. Wenn sich das Gericht getraute, die Tat unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung zu würdigen und nach § 73 die Strafe aus der Strafvorschrift über die Körperverletzung zu entnehmen, so hat es den Angeklagten in Wirklichkeit wegen Körperverletzung verurteilt und durfte und mußte diese Verurteilung im Urteilssatze zum Ausdruck bringen.

Tatsächlich halte ich nun, wie ich im folgenden zeigen möchte, das Standrecht für zuständig, die Tat auch unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung zu würdigen, und es hätte, selbst wenn diese ein Verbrechen nach § 224 oder § 226 gebildet hätte, nach diesen Strafbestimmungen verurteilen dürfen.

Schrifttum und Rechtsprechung lassen bei der Untersuchung der Frage fast ganz im Stich. Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen (Bd. 1, zum preuß. Ges. von 1851) bemerkt zwar in Anm. 2 zu § 10, die Zuständigkeit des Kriegsgerichts beschränke sich auf die im Gesetze bezeichneten strafbaren Handlungen „auch im Falle des Zusammenflusses oder der Konnexität mit andern Delikten; diese seien getrennt abzuurteilen," und unter Zusammenfluß ist offenbar der Fall der Idealkonkurrenz gemeint. Der Kommentar gibt aber keinerlei Begründung für seine Auffassung, tut auch der Unzuträglichkeiten keine Erwähnung, zu denen die „getrennte Aburteilung des andern Deliktes" führen muß. Für Bayern habe ich eine Belegstelle im Schrifttum nicht finden können. Hier sind durch das Gesetz von 1912 im wesentlichen die Bestimmungen des bayer. Strafgesetzbuchs von 1813 über das Standrecht aufrechterhalten und nur in manchen Punkten den neuzeitlichen Anschauungen angepaßt worden. Die Frage der Behandlung ideell konkurrierender Delikte im Standrecht scheint aber den Früheren kein Kopfzerbrechen gemacht zu haben. Weder der von Gönner bearbeitete amtliche Kommentar, noch der private Kommentar von Rottmann lassen sich zu der Frage vernehmen. Neuerdings hat auch der kleine Kommentar zum bayer. Kriegszustandsgesetze von Sutner die Frage nicht beachtet.

Ich verkenne nun allerdings nicht, daß die Strafbestimmungen des bayer. Strafgesetzbuchs von 1813 vom Gesetzgeber kaum im Sinne meiner Auffassung gemeint waren. Bekannt war jenem Gesetz die Idealkonkurrenz wohl, es hat ihre Behandlung in Art. 110 Abs. 2 ausdrücklich geregelt. Aber bei der Regelung des Standrechts war sich der Gesetzgeber des Falles einer Idealkonkurrenz offenbar nicht bewußt. Das Standrecht war vorgesehen wegen schweren Aufruhrs unter bestimmten Voraussetzungen und dann, wenn in gewissen Gegenden Mord, Raub, Brandstiftung ungewöhnlich überhand nehmen würden. Dann sollte als Wirkung des Standrechts die ordentliche Kriminalgerichtsbarkeit in Ansehung jener Verbrechen und innerhalb der bestimmten Distrikte außer Kraft treten, über die Uebeltäter mit Beschleunigung abgeurteilt und jeder, der überwiesen oder geständig sei, ob als Täter oder Gehilfe, mit dem Tode bestraft werden. Das Gesetz kannte also als Strafe für alle Standrechtsfälle nur die Todesstrafe, und dabei war es dann klar, daß jede Sorge um die Behandlung der Idealkonkurrenz und auch nur der Gedanke daran überflüssig gewesen wäre. Anders schon nach dem preuß. Gesetze von 1851. Dieses unterwarf der standrechtlichen Behandlung eine Reihe von strafbaren Handlungen mit den im ordentlichen Strafrecht angedrohten Strafen und fügte weitere Strafdrohungen mit einem Strafmaß bis zu einem Jahre hinzu. Dem schließt sich dann das bayer. Gesetz von 1912 an, während weiterhin für Bayern nach Art. 3 des Gesetzes, im übrigen nach § 4 EG. RStGB. nur an die Stelle der lebenslangen Zuchthausstrafe die Todesstrafe treten soll. Nunmehr also hat natürlich die Frage erhebliche Bedeutung, wie die Idealkonkurrenz zu behandeln sei.

Im Sinne des alten bayer. Gesetzes sowohl wie des preuß. Gesetzes ist nun freilich die Auffassung die wahrscheinlichere, daß sich die Gesetzgeber bei der Idealkonkurrenz das Zusammentreffen mehrerer strafbaren Handlungen dachten, deren gesondertes rechtliches Schicksal dann nichts auffallendes bildete. So umschreibt das bayer. Strafgesetzbuch die Idealkonkurrenz mit den Worten: „Wenn ein Verbrecher in ein und derselben Handlung zu gleicher Zeit mehrere Verbrechen begangen hat." Aber diese Auffassung des Gesetzgebers ist für unsere heutige Beurteilung der Frage nicht entscheidend, da die gesetzlichen Bestimmungen hier wie bei den Vorschriften über das Standrecht nicht ausdrücklich die Folgerung aus einer solchen Auffassung

ziehen und die Bestimmungen, so wie sie erlassen sind und in ihrem Ineinandergreifen ebensogut auch in dem gegenteiligen Sinn aufgefaßt werden können. Das heißt: wenn eine jener Auffassung entsprechende Behandlung der Frage dem erkennbaren Zwecke gewisser Vorschriften zuwiderläuft, so kann die Auffassung des Gesetzgebers über sie, wenn er sich der Folgerungen aus seiner Auffassung nicht durchaus bewußt geworden ist, jedenfalls aber die für unsere Frage maßgebende Folgerung im Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht hat, nicht als Hindernis dafür angesehen werden, daß die Frage in dem dem Zwecke des Gesetzes entsprechenden Sinne beurteilt werde.

Auch sonst bringt eine wörtliche Auslegung der beiden Gesetze kein zuverlässiges Ergebnis. Allerdings sagt § 10 des preuß. Gesetzes, es gehöre vor die Kriegsgerichte die Aburteilung der Verbrechen des Hochverrats ..., des Mordes, der tätlichen Widersetzung ..., des Raubes, und bestimmt Art. 6 des bayer. Gesetzes, das Standrecht sei „zuständig für das Verbrechen des Hochverrats und des Landesverrats, für das Verbrechen und das Vergehen des Widerstands gegen die Staatsgewalt ..., für das Verbrechen des Mordes, des Raubs und der Erpressung ...“, aber dieser Wortlaut nötigt nicht zu der Auffassung, als wäre dem Sondergericht der abstrakte Tatbegriff überwiesen, der in den §§ 113, 117, 249, 317 uff. umschrieben ist; er kann vielmehr auch so aufgefaßt werden, daß das Sondergericht urteilen soll über die Tat als Inbegriff des menschlichen Handelns, wie es sich in wirklicher Gegebenheit zeigt, mit allem Drum und Dran, als lebendiges Geschehnis, das um seiner Besonderheit willen und im Hinblick auf die Zeitumstände und den Ort seiner Begehung dem kraftvoll und rasch arbeitenden Gerichte überwiesen ist. Dieses Sondergericht ist dann eben nicht zuständig für den Widerstand genau in der Umgrenzung des § 113, sondern zuständig für jede Tat, die nach einer ihrer tatsächlichen und rechtlichen Seiten den Tatbestand des § 113 erfüllt.

Nichts gesagt ist darum natürlich mit dem Einwande, daß „die Sondergerichte nur innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten urteilen dürfen“. Das ist selbstverständlich; aber es ist eben die Frage, ob nicht die Zuständigkeit über den Rahmen hinausreicht, der sich auf den ersten Blick aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt.

Gegenüber den angeführten Gesetzesstellen scheint nun eine andere im Gegenteil für eine weitere Auffassung der Zuständigkeit zu sprechen. Das preuß. Gesetz bedroht in § 9 verschiedene Handlungen mit einer Gefängnisstrafe bis zu einem Jahre, „wenn die bestehenden Gesetze keine höhere Freiheitsstrafe bestimmen“, und verordnet in § 10 auch für die hier genannten Handlungen die Zuständigkeit des Kriegsgerichts, und eine gleiche Regelung trifft das bayer. Gesetz in den Art. 4 und 6 Nr. 8. Es scheint mir nun ausgeschlossen, daß diese Zuständigkeitsregelung so aufgefaßt werden müßte, als wäre das Standrecht für die bezeichneten Handlungen nur zuständig, sofern nicht im gegebenen Fall vom ordentlichen Strafgesetz eine schwerere Strafe angedroht ist. Erfüllt z. B. die Aufforderung zur Uebertretung einer zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit getroffenen Anordnung den Tatbestand des § 49a StGB., so wäre es widersinnig, um deswillen die Zuständigkeit des Standrechts zu verneinen. Die Zuständigkeit ist vielmehr anzunehmen, obwohl das preußische wie das bayerische Gesetz die Zuständigkeit mit Worten nur anordnen für die in der Bestimmung des Sondergesetzes mit Strafe bedrohten oder nach diesem Gesetze strafbaren Handlungen. Die Ablehnung der Zuständigkeit wäre widersinnig deshalb, weil die im Sondergesetze bezeichneten Handlungen, sofern sie schon unter eine schärfere Strafbestimmung des ordentlichen Gesetzes fallen, als schwerere Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit gelten müssen, also doch erst recht das Eingreifen des Standrechts zu ihrer Aburteilung erforderlich machen. Obwohl also hier nicht das Sondergesetz die Handlung „mit Strafe bedroht“, sondern dafür nur auf das ordentliche Strafrecht verweist, so muß doch auch hier (in Uebereinstimmung mit Stengleins Kommentar a. a. O. § 10 Anm. 2) die standrechtliche Zuständigkeit gelten, und diese Erwägung könnte wohl zu der Folgerung führen, daß das gleiche gelten muß für den Fall, daß die Tat in rechtlichem Zusammentreffen sowohl gegen jene Strafbestimmung des Sondergesetzes als zugleich gegen eine Strafbestimmung des allgemeinen Strafgesetzes verstoße.

Doch ich will auf diese Betrachtung nicht einmal viel Gewicht legen, zumal da sie nur eine einzelne Gruppe von strafbaren Handlungen trifft. Ausschlaggebend scheint mir vielmehr eine andere Erwägung.

Der Zweck der beiden Gesetze ist der, daß zu Zeiten einer besonderen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, zumal in Kriegszeiten und in den dem Kriegsschauplatze nahegelegenen Gebietsteilen die Aburteilung der strafbaren Handlungen, die die öffentliche Sicherheit in besonderem Maße gefährden, mit besonderer Beschleunigung, mit besonderem Nachdruck und besonderer Strenge erfolge. Und wenn dann auch beispielsweise die Körperverletzung nicht unter den strafbaren Handlungen genannt ist, für die die Zuständigkeit des Standrechts bestimmt ist, so steht das doch nicht im Wege, daß der Gesichtspunkt der Körperverletzung mitgewürdigt werde, wenn die Körperverletzung eine Erscheinungsform des Widerstandes, des Raubes bildet und die Tat in der Regel sogar zu einer besonders schweren stempeln wird.

Läßt sich das Gesetz nach seinem Wortlaut in verschiedenem Sinne auslegen, so ist es unsere Auf-

gabe, nach Möglichkeit die Auslegung zu suchen, die zum vernünftigsten Ergebnisse führt. Die Einengung der Zuständigkeit würde aber hier zu dem angesichts des Zwecks jener Gesetze ganz verkehrten, ja unmöglichen Ergebnisse führen, daß die Beurteilung der Tat zunächst unter dem milderen Gesichtspunkte zu einer vielleicht in keinem Verhältnis zu ihrer Schwere stehenden Sühne vor dem Standrecht führen würde (zwei Jahre Gefängnis für einen Widerstand mit Totschlag!) und daß sich daran mit der notwendigen Folge einer Beseitigung dieser Strafe nun doch noch das umständliche und vielleicht langdauernde ordentliche Verfahren mit Voruntersuchung, schwurgerichtlicher Verhandlung und Revisionsinstanz anhängen müßte. Die standrechtliche Verhandlung könnte hier nicht ernst genommen werden; was sie hier als einzig Greifbares brächte, die sofortige Festsetzung des Täters, würde in solchen Fällen beim ordentlichen Verfahren auch geleistet durch die Untersuchungshaft.

Also dem Standrecht soll die volle Aburteilung zustehen. Freilich entbehrt das Verfahren im bayerischen Standrecht und in noch stärkerem Maße das vor dem Kriegsgericht des preußischen Gesetzes gewisser Sicherheiten für den Angeklagten. Aber das kann nicht irre machen. Das Standrecht ist gerade angeordnet für eine Reihe der schwersten Delikte und hat in nicht wenigen dieser Fälle sogar auf die Todesstrafe zu erkennen. Es ist also durchaus nicht im Sinne der Gesetze gelegen, die ein solches Verfahren geschaffen haben, wenn man sich deren Geltungsbereich durch eine weitgehende Rücksicht auf die in friedlichen und ruhigen Zeiten freilich selbstverständlichen Rechtsbürgschaften des Angeklagten eingeengt denken wollte. Darf das Standrecht also wegen Mordes und Hochverrats sowie an Stelle der lebenslangen Zuchthausstrafe bei einer Reihe anderer strafbarer Handlungen zum Tode verurteilen, so ist nicht abzusehen, wenn denn einmal die Tat um ihrer Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit willen zur standrechtlichen Verurteilung verwiesen ist, daß nicht das Standrecht zugleich wegen Urkundenfälschung den Täter sollte strafen können, dem diese das Mittel und die Begehungsart für ein Vergehen der strafbaren Ausstreuung wissentlich falscher Gerüchte gewesen ist.

Nun möchte ich allerdings die Erweiterung der standrechtlichen Zuständigkeit nicht in dem Sinne aufgefaßt wissen, als ob damit dem standrechtlichen Gerichte zur Rechtspflicht gemacht wäre, in jedem Falle die Tat unter jedem rechtlichen Gesichtspunkte zu würdigen. Es werden Fälle möglich sein, wo es vorteilhaft ist, wenn sich das Standrecht auf die Würdigung der Tat aus dem ihm eigentlich zustehenden Gesichtspunkt beschränkt. So selbstverständlich immer dann, wenn die Sache zur Würdigung aus dem andern Gesichtspunkt noch nicht vollkommen geklärt ist oder etwa, wenn zur Verurteilung nach dieser Richtung noch eine Voraussetzung zu erfüllen, namentlich noch ein Strafantrag beizubringen ist. Aber abgesehen hiervon wird das Standrecht davon, den anderen Gesichtspunkt mit zu würdigen, mitunter dann Abstand nehmen, wenn es sich dabei um ein Delikt handelt, das dem eigentlichen Tätigkeitsgebiete des Standrechts ferne liegt. Bei der Besonderheit des Standrechts muß eine gewisse mäßige Verschwommenheit, die damit in die Zuständigkeitsregelung kommt, in den Kauf genommen werden.

Es bleibt bei dieser Auffassung allerdings noch ein Bedenken bestehen, das sich erheben kann, wenn das Standrecht die Tat nur aus dem eigentlichen standrechtlichen Gesichtspunkte gewürdigt hat und die Sache nun zur Aburteilung aus dem anderen Gesichtspunkte vor das ordentliche Gericht gebracht wird. Es fragt sich nämlich, ob dieses Gericht hier nicht durch das ne bis in idem an der Aburteilung gehindert wäre, da doch, wie ich annehme, schon das standrechtliche Gericht aus diesem Gesichtspunkt wenigstens hätte urteilen dürfen, also ein rechtliches Hindernis für die Aburteilung der Tat aus jedem Gesichtspunkt nicht bestanden hätte. Aber bei dem eigentümlichen Verhältnis, das zwischen dem Standrecht und dem ordentlichen Verfahren besteht, wäre diese sonst allerdings berechtigte Folgerung verfehlt. Da das Verfahren im Standrecht summarisch gestaltet ist und lange Vorbereitungen ausschließt, kann es leicht geschehen, daß der für die standrechtliche Verhandlung beigebrachte Stoff zur Bildung eines bestimmten Urteils oder zur Erschöpfung der Sache nach allen Gesichtspunkten nicht ausreicht, und daß dann, sei es ganz oder zum Teil, die Sache ins ordentliche Verfahren übergeleitet werden muß. Soweit dann die Tat im Standrecht nicht abgeurteilt werden kann, kann einer Behandlung im ordentlichen Verfahren das ne bis in idem nicht entgegenstehen. Für die Frage aber, ob es die Tat (überhaupt und erschöpfend) aburteilen kann, kann nur die pflichtmäßige Entscheidung des standrechtlichen Gerichts maßgebend sein. Hat dieses, ganz oder zum Teil, seine Unzuständigkeit ausgesprochen, so hat es hiebei sein Bewenden, dann ist es unzuständig gewesen und es kann nicht im spätern Verfahren eingewendet werden, daß das Standrecht die Tat auch nach dem jetzt vor den ordentlichen Richter gebrachten Gesichtspunkt hätte würdigen können und sollen.

2. Nahe verwandt mit der behandelten Frage ist eine zweite: ob das Standrecht, das „zur Untersuchung und Aburteilung" beispielsweise des Verbrechens des Raubes berufen ist, wegen Diebstahls verurteilen kann, wenn es die Tat nur als solche beurteilt, oder wegen Körperverletzung oder tätlicher Beleidigung oder wegen versuchter Notzucht an Stelle des Raubversuchs, den man zuerst angenommen hatte, oder wegen Totschlags statt wegen Mordes. Kurz, hat das einmal mit

der Sache befaßte Standrecht bei der Aenderung des rechtlichen Gesichtspunkts freie Hand?

Für eine solche Regelung würde sprechen, daß damit einer Weitschweifigkeit des Verfahrens vorgebeugt würde, die darin liegt, daß sich vielleicht erst durch eine langwierige Verhandlung im Standrecht die Aenderung des rechtlichen Gesichtspunkts ergibt und nun die Sache zur Wiederholung der ganz gleichen Verhandlung an das ordentliche Gericht abgegeben werden müßte, ohne daß hier ein anderes Ergebnis zu erwarten wäre. Und man könnte sagen: wenn das Standrecht mit seinem summarischen Verfahren den Angeklagten wegen Raubs auf Jahre ins Zuchthaus schicken kann, warum soll es ihn nicht auf Monate ins Gefängnis schicken dürfen, nun da der Tatbestand des Raubes nicht nachweisbar ist, dafür aber Körperverletzung und Diebstahl im sachlichen Zusammentreffen gegeben sind? Ich meine, es spräche manches für eine Regelung der Sache dahin, daß das Standrecht, einmal mit der Sache befaßt, sie nun auch abzuurteilen hätte, mag sich die Tat auch als eine nichtstandrechtliche Verfehlung ergeben. Aber freilich, dem steht eine gewichtige Erwägung entgegen: Das Standrecht hat seine innere Berechtigung nur insofern, als es sich um Verbrechen handelt, die die öffentliche Sicherheit in besonderem Maße gefährden, und nur um dieses höheren Interesses der öffentlichen Sicherheit willen ist die durch das summarische Verfahren verursachte Beschneidung der Rechtssicherheiten des Angeklagten hinzunehmen.

Nach dem gegebenen Rechte ist jedenfalls die angedeutete Erweiterung der standrechtlichen Zuständigkeit nicht anzunehmen. Nach dem bayerischen Gesetze ist das Standrecht „zuständig für das Verbrechen" z. B. des Raubs, nach dem preußischen Gesetze „gehört vor es die Untersuchung und Aburteilung" des Verbrechens. Der juristische Sinn der gebrauchten Worte ist derselbe. Wenn also das Standrecht zu der Auffassung kommt, daß nicht Raub vorliegt, sondern Körperverletzung und Diebstahl, so steht es eben nicht mehr vor einem „Verbrechen des Raubs" und es ist ihm der Gegenstand für seine Betätigung entfallen. Es kann also nur seine Unzuständigkeit aussprechen, womit die Sache ans ordentliche Gericht übergeht „zur förmlichen Untersuchung", wie das bayerische Gesetz sich ausdrückt. Der Fall liegt anders als bei der Idealkonkurrenz; denn hier bleibt, wenn auch der Widerstand mit Körperverletzung zusammentrifft, die Tat eben doch Widerstand und damit zum Standrecht zuständig.

Nun ergibt sich freilich eine Schwierigkeit. Der ordentliche Richter ist durch die Entscheidung des Standrechts in der tatsächlichen und rechtlichen Beurteilung der Tat nicht beschränkt. Hat also das Standrecht an Stelle des Raubs nur einen Diebstahl angenommen, so kann sehr wohl der ordentliche Richter wieder auf die ursprüngliche Auffassung zurückkommen, also Raub für gegeben halten. Aber — für Raub gilt ja die ausschließliche Zuständigkeit des Standrechts, was das alte bayrische Strafgesetzbuch in Art. 442 Nr. 1 unzweideutigst mit den Worten sagt: in Ansehung der standrechtlichen Sachen „trete die ordentliche Kriminalgerichtsbarkeit außer Wirksamkeit." Doch wenn die Sache wieder ans Standrecht abzugeben wäre, bestünde die angenehme Aussicht, daß sich das Spiel noch ein paar mal wiederholte. Das ist selbstverständlich als ausgeschlossen anzusehen und es muß vielmehr angenommen werden, daß die Sache, nachdem einmal das Standrecht seine Unzuständigkeit ausgesprochen hat, an das ordentliche Gericht übergeht und nun bei ihm — zur Beurteilung der Tat nach jedem rechtlichen Gesichtspunkte — bleibt. Zwar muß jede Sache standrechtlicher Zuständigkeit zunächst vor das Standrecht kommen, aber wenn dies seine Zuständigkeit geprüft und verneint hat, so hat es bei dieser einmaligen Befassung sein Bewenden und lebt die ordentliche Zuständigkeit im vollen Umfange wieder auf. Der Fall muß gleich dem im bayerischen Gesetze ausdrücklich geregelten Falle stehen, daß das Standrecht zwar seine Zuständigkeit bejaht, aber den Angeklagten nicht mit der im Gesetze vorgeschriebenen verstärkten Mehrheit für schuldig findet. Die ordentliche Zuständigkeit ist also für die standrechtlichen Sachen gewissermaßen nur bedingterweise durch die standrechtliche Zuständigkeit ausgeschaltet.

Was hier für die Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes bei einer vor das standrechtliche Gericht gebrachten Sache bemerkt ist, gilt ebenso und erst recht für Sachen, die zuerst beim ordentlichen Gerichte behandelt worden sind. Wird hier die Unzuständigkeit erkannt, so hat das Gericht seine Tätigkeit einzustellen. Die Sache kommt dann vors Standrecht, das aber wiederum durch die tatsächliche und rechtliche Auffassung des ordentlichen Gerichts nicht beengt ist. Daraus ergibt sich die Möglichkeit, daß nun auch das Standrecht seine Zuständigkeit verneint, z. B. die Tat, die das ordentliche Gericht als Raub ansah, nur für Diebstahl hält. Damit muß die Sache ans ordentliche Gericht zurückkehren, und zwar jedenfalls an dasjenige Gericht, bei dem die Sache zuletzt gewesen ist, also möglicherweise an die Rechtsmittelinstanz, und damit wird die Sache in der Prozeßlage weiter geführt werden, bis zu der sie früher gediehen war. Und mag jetzt auch dieses Gericht auf seiner früheren Auffassung beharren, die Sache also wieder als ein Verbrechen standrechtlicher Zuständigkeit erachten, so muß es doch nach dem vorhin Ausgeführten endgültig bei seiner Zuständigkeit bleiben, da eben die Ablehnung der Zuständigkeit durch das Standrecht endgültig wirkt. Nur das wäre natürlich möglich, daß das mit der Sache wieder befaßte Gericht nach den allgemeinen Zuständigkeitsregeln des Prozeßrechts nicht zuständig ist, also die Sache

wegen Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes an das Gericht zu verweisen hätte, das nun, von der Sonderzuständigkeit des Standrechts abgesehen, zur Aburteilung zuständig wäre.

Diese Abgabe der Sache vom ordentlichen Gericht an das Standrecht würde sich also ebenso vollziehen, wie sie geschehen muß in dem Falle, daß bei der der Verhängung des Kriegszustands nachfolgenden Anordnung des Standrechts beim ordentlichen Gerichte Verfahren anhängig sind, für die nun die standrechtliche Zuständigkeit entsteht (vgl. BayZfR. 1912, 488. Sutner a. a. O. S. 24). Das ordentliche Gericht soll hier „seine Tätigkeit einstellen". Das ist keine eine spätere Wiederbefassung des Gerichts abschneidende Verfügung. Dagegen könnten sich in einem einzelnen bestimmten Fall für diese spätere Wiederbefassung Bedenken erheben. Ergibt sich nämlich die Zuständigkeit des Standrechts erst auf Grund der durchgeführten Hauptverhandlung des ordentlichen Gerichts, so wäre es nicht ungefährlich, wenn das Gericht nach der Regel des § 259 StPO. wegen seiner Unzuständigkeit durch Urteil das Verfahren einstellte. In dieser der Rechtskraft fähigen Entscheidung möchte ein Hindernis für eine spätere Wiederbefassung des Gerichts mit der Sache erblickt werden, und wir hätten dann unanfechtbare Unzuständigkeitsentscheidungen des ordentlichen wie des standrechtlichen Gerichts. § 19 StPO. trifft dann nicht zu und sonst ist die Lösung eines solchen Zuständigkeitsstreits nicht vorgesehen (Löwe, GVG. § 13 Anm. 15c). Doch wird eine Unzuständigkeitserklärung des ordentlichen Gerichts, wenn sie auch durch Einstellungsurteil erfolgt, aufgefaßt werden können und müssen in dem Sinn, daß das Gericht nur zur Zeit seine Zuständigkeit verneint. Mehr kann es auch rechtlich nicht aussprechen, weil in jedem Fall, auch wo zur Zeit der Unzuständigkeitsentscheidung die standrechtliche Zuständigkeit über jeden Zweifel erhaben wäre, die Möglichkeit bliebe, daß das nun zunächst auf das Standrecht übergehende Verfahren durch Aufhebung des Kriegszustands oder des Standrechts zum ordentlichen Gericht zurückkehrt. Dieser Fall eines Uebergangs der Sache ans ordentliche Gericht ist im preußischen Gesetz wie im bayerischen ausdrücklich vorgesehen.

3. Es mag zweifelhaft sein, ob die hier erörterten Fragen einmal den Weg ans Reichsgericht finden. Inzwischen geht es nicht an, sich mit dem Gedanken zu trösten, daß man ja die Sache ruhig ans Standrecht bringen und es diesem überlassen könne, wie es entscheide, da ja die Möglichkeit einer Urteilsanfechtung nicht bestehe. Das Standrecht ist nicht eine in den Wolken thronende Schicksalsmacht, die blind ihre Sprüche gäbe, sondern es besteht aus pflichtmäßig handelnden Männern, zum Teil aus Richtern der ordentlichen Rechtspflege, und für diese alle ist wie für den Staatsanwalt die Prüfung der Rechtsfrage nach der Zuständigkeit eine ernste Sache. Und wenn auch, wenigstens dann, wenn ein standrechtliches Gericht seine Zuständigkeit entgegen der hier vertretenen Anschauung zu enge faßt, ein sachlicher Nachteil insofern nicht entsteht, als dann einfach das Unterlassene im ordentlichen Verfahren nachgeholt wird, so ist doch der Nachteil nicht niedrig einzuschätzen, daß durch zu ängstliche Behandlung der Zuständigkeitsfrage ein unnötiges oder ein fruchtloses Strafverfahren verursacht wird.

Die Zwangsversteigerung aus dem dinglichen und dem persönlichen Vollstreckungstitel.

Von Amtsrichter Dr. Wilhelm Kriener in Landshut.

I.

1. G(läubiger) hat zur Sicherung einer Geldforderung gegen S(chuldner) ein Vertragspfandrecht an einer beweglichen Sache. Der Inhalt des Pfandrechts ist: G. hat ein dingliches Recht auf Befriedigung aus der Sache. Dabei erfolgt die Befriedigung in der Weise: G. ist nach Fälligkeit der Forderung berechtigt, das Pfand nach den Vorschriften der §§ 1234—1240 BGB. zu verkaufen: (§§ 1228, 1233 BGB.) Der Gläubiger ist also dinglich berechtigt, die Sache zu verkaufen, der Schuldner ist verpflichtet, den Verkauf zu dulden. Ein Vollstreckungstitel ist an sich nicht erforderlich; erwirkt G. einen solchen im Sinne des § 1233, II BGB., ohne daß S. durch sein Verhalten dazu Anlaß gegeben hat, so treffen den G. die Kosten des Titels.

2. G. hat wegen einer Geldforderung einen Vollstreckungstitel gegen S. erwirkt. Auf Grund dieses persönlichen Vollstreckungstitels hat G.:

a) gegen S. einen öffentlich-persönlichen Anspruch auf dingliche Sicherung der Forderung, und zwar, soweit bewegliche Sachen des S. in Frage stehen, einen persönlichen Anspruch auf Begründung eines Pfändungspfandrechtes nach §§ 803, 808 ZPO.;

b) sodann auf Grund des erworbenen Pfändungspfandrechtes einen öffentlich-dinglichen Anspruch auf Zwangsversteigerung der Sache nach § 814 ZPO.

3. G. hat wegen der nämlichen Geldforderung ein Vertragspfandrecht und zudem noch einen persönlichen Vollstreckungstitel; diesen kann er schon um dessentwillen neben dem Pfandrecht erwerben, weil ja noch keineswegs feststeht, ob das Vertragspfand zur Befriedigung der Forderung ausreichen wird.

G. hat nun einmal auf Grund seines Pfandrechtes:

a) ein dingliches Recht auf Verkauf des Pfandes in der Form der §§ 1234—1240 BGB.

Ferner hat er auf Grund seines persönlichen Vollstreckungstitels:



b) ein persönliches Recht auf Erwerbung eines Pfändungspfandrechtes an der nämlichen Sache, und

c) auf Grund dieses erworbenen Pfändungspfandrechtes ein dingliches Recht auf Zwangsversteigerung der Sache in der Form des § 814 ZPO.

Man könnte einwenden: G. kann nicht an der nämlichen Sache ein Vertragspfandrecht und in der Richtung auf sie einen persönlichen Anspruch auf ein Pfändungspfandrecht, ebensowenig kann er an derselben Sache zugleich ein Vertrags- und ein Pfändungspfandrecht haben, zumal nach § 804 ZPO. das letztere im allgemeinen den gleichen Inhalt hat wie ein solches nach § 1204 BGB.

Die Einwendung ist aber nicht richtig; das Vertragspfandrecht gibt dem G. das Recht zum Verkauf nach §§ 1234—1240 BGB., das Pfändungspfandrecht gibt dem G. das Recht zur Zwangsversteigerung nach § 814 BGB. Zu beidem ist G. berechtigt, und es ist seine Sache, welche Art von Befriedigung er wählen will.

G. kann also die mit dem Vertragspfand belastete Sache auf Grund seines persönlichen Vollstreckungstitels dem Gerichtsvollzieher übergeben, und dieser pfändet sie nach § 808 ZPO., um sie sodann zu versteigern. Bis zur Versteigerung ruhen dann auf der Sache zwei Pfandrechte des G.: an erster Stelle sein Vertragspfandrecht, an zweiter Stelle sein Pfändungspfandrecht. Allerdings wird in der Uebergabe der Sache an den Gerichtsvollzieher meist ein stillschweigender Verzicht des G. auf sein Vertragspfandrecht zu erblicken sein.

4. Es ist also zu unterscheiden:

a) G. hat wegen einer fälligen Forderung ein Vertragspfandrecht; er hat das dingliche Recht zum Verkauf nach § 1233 Abs. I BGB.

b) G. hat wegen einer Forderung einen Vollstreckungstitel; er hat ein persönliches Recht auf Pfändungspfandrecht und sodann ein dingliches Recht auf Zwangsversteigerung nach § 814 ZPO.

c) G. hat Vertragspfandrecht und persönlichen Vollstreckungstitel; er kann nach Belieben:

α) ohne Rücksicht auf den Titel die Sache nach § 1233 Abs. I BGB. verkaufen lassen, oder

β) auf Grund des Titels die Sache mit oder ohne Verzicht auf sein Vertragspfandrecht durch den Gerichtsvollzieher nach § 808 ZPO. pfänden und dann nach § 814 ZPO. versteigern lassen.

II.

1. G. hat zur Sicherung einer Geldforderung gegen S. eine Hypothek an einem Grundstück. Der Inhalt der Hypothek ist: G. hat ein dingliches Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück. Diese Befriedigung kann aber nicht wie beim Pfandrecht an beweglichen Sachen im Wege des Verkaufs des Grundstücks erfolgen; vielmehr erfolgt nach § 1147 BGB. die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung. G. muß also, um hier zum Ziele zu gelangen, vor allem einen Vollstreckungstitel aus der Hypothek, also einen dinglichen Vollstreckungstitel, gegen S. erwirken: „S. ist verpflichtet, zur Befriedigung wegen der Hypothek die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden."

Auf Grund der Hypothek und des zu ihr gehörigen Vollstreckungstitels ist dann G. dinglich berechtigt, das Grundstück in dem in der Zivilprozeßordnung und im Zwangsversteigerungsgesetz geordneten Verfahren versteigern zu lassen, S. verpflichtet, die Zwangsversteigerung zu dulden.

2. G. hat wegen einer Geldforderung einen persönlichen Vollstreckungstitel gegen S. erwirkt: „S. ist schuldig, an G. 10000 *M* zu zahlen." Auf Grund dieses Titels hat G.

a) gegen S. einen öffentlich-persönlichen Anspruch auf dingliche Sicherung der Forderung, und zwar, soweit Grundstücke des S. in Frage stehen, einen persönlichen Anspruch auf Beschlagnahme des Grundstücks; dem Pfändungspfandrecht bei beweglichen Sachen entspricht die Beschlagnahme bei Grundstücken; beide geben einen dinglichen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus der Sache; die Beschlagnahme hat also bei dem Grundstück die Wirkung, als ob auf ihm eine Art Pfändungshypothek zur nächst offenen Rangstelle eingetragen wäre; s. § 10 Ziff. 5 ZVG.

b) sodann auf Grund der Beschlagnahme einen öffentlichen-dinglichen Anspruch auf Zwangsversteigerung des Grundstücks nach Maßgabe des Zwangsversteigerungsgesetzes.

Hier ist noch zu bemerken:

Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück zerfällt, ohne Rücksicht darauf, ob sie aus einer Hypothek mit dinglichem Vollstreckungstitel oder aus einer Forderung mit einem persönlichen Vollstreckungstitel stattfindet, in zwei Abschnitte: in Beschlagnahme des Grundstücks und in Versteigerung des Grundstücks. Im letzteren Fall, also bei Zwangsvollstreckung aus einer Forderung, hat die Beschlagnahme die Wirkung des Entstehens einer Art Pfändungshypothek zu nächstoffener Rangstelle und es entsteht hieraus das Recht auf Befriedigung an dieser Rangstelle. Im ersteren Falle, also bei Zwangsvollstreckung aus einer Hypothek, entfällt selbstredend diese Wirkung der Beschlagnahme; denn hier gibt die schon und zwar an besserer Rangstelle vorhandene Hypothek das Recht auf Befriedigung mit dem ihr zukommenden Range. Hier kann daher weder von der Begründung einer Art Pfändungshypothek noch von einem persönlichen Anspruch auf Begründung einer solchen die Rede sein; diese beiden Ansprüche werden hier ersetzt durch die schon vorhandene Hypothek. Daher sagt auch § 10 Abs. 5 ZVG: Ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück (also eine Art Hypothek) gewährt der Anspruch des Gläubigers,



aber nur insoweit, als er nicht in einer der vorhergehenden Klassen, hier also in Klasse IV, zu befriedigen ist.

Wird also die Zwangsversteigerung aus einer Hypothek betrieben, so hat die Beschlagnahme nicht die ihr an sich zukommende Doppelwirkung einer Pfändungshypothek nach § 10 Abs. 5 ZVG. und eines Veräußerungsverbotes nach § 23 ZVG., sondern lediglich die Wirkung eines Veräußerungsverbotes.

3. G. hat wegen der nämlichen Geldforderung eine Hypothek und zudem noch einen persönlichen Vollstreckungstitel.

a) Auf Grund der Hypothek, der kein dinglicher Vollstreckungstitel zur Seite steht, kann G. Befriedigung aus dem Grundstücke nicht verlangen.

b) Aus seinem persönlichen Vollstreckungstitel hat G. das persönliche Recht auf Beschlagnahme des Grundstücks und damit auf Erwerbung einer Art Pfändungshypothek, die in jedem Falle Rang nach der Vertragshypothek hat.

c) Sodann hat G. auf Grund dieser Beschlagnahme ein dingliches Recht auf Zwangsversteigerung des Grundstückes.

Angenommen, auf dem Grundstück des S. sind folgende Hypotheken eingetragen:

I. Hypothek des G. zu 10000 *M*.

II. Hypothek des H. zu 5000 *M*.

Nach § 44 ZVG. müssen die dem persönlichen Beschlagnahmeanspruch des G. zu 10000 *M* vorgehenden Hypotheken des G. und H. zu zusammen 15000 *M* im geringsten Gebot bestehen bleiben. Wird daher wegen dinglicher Ueberschuldung des Grundstücks ein Gebot nicht abgegeben, so ist das Verfahren nach § 77 ZVG. einstweilen einzustellen. Und gelangt etwa die Forderung des G. mit 3000 *M* zum Zuge, so geht um diesen Betrag die Hypothek des G. auf den bisherigen Eigentümer nach § 1164 BGB. über.

Denn darüber kann nach dem bisher Gesagten und insbesondere auf Grund des § 1147 BGB. kein Zweifel bestehen, daß der Hypothekgläubiger auf Grund eines persönlichen Schuldtitels nicht aus der Hypothek vollstrecken kann. Dies ist zwar von Steiner, Kommentar zum ZVG. S. 57 Anm. 19 und S. 70 Anm. 1 in Frage gestellt, aber bei Jäckel-Güthe S. 87/88 mit zwingenden Gründen verneint.

4. Es ist also hier zu unterscheiden:

a) G. hat eine Hypothek; damit allein kann er die Befriedigung der Forderung aus dem Grundstück nicht betreiben.

b) G. hat wegen einer Forderung einen Vollstreckungstitel; er kann das Grundstück beschlagnahmen und versteigern lassen, er hat jedoch die letzte Rangstelle.

c) G. hat Hypothek und persönlichen Vollstreckungstitel; er hat die nämlichen Rechte wie vorher, maßgebend für die Legung des geringsten Gebotes ist die Forderung, nicht die Hypothek.

d) G. hat Hypothek und dinglichen Vollstreckungstitel; er kann aus der Hypothek mit dem ihr zukommenden Rang vollstrecken lassen.

III.

In den allermeisten Fällen wird die Hypothek gleich bei ihrer Begründung im Hinblick auf § 1147 BGB. mit dem Vollstreckungstitel des §§ 794, 795 ZPO. versehen.

Trotzdem ist es gar nicht selten, daß der Gläubiger, wenn er zur Vollstreckung aus der Hypothek schreiten will, zuvor noch aus der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung ein Urteil oder einen Vollstreckungsbefehl erwirkt. Dies Verfahren wird sogar von einigen Banken geübt, wenn sie aus rückständigen Hypothekannuitäten vollstrecken wollen.

Einerseits werden dadurch dem Schuldner völlig unnötige Kosten verursacht.

Anderseits aber schaden sich die Gläubiger selbst; denn wenn sie, wie dies oft geschieht, nunmehr auf Grund des persönlichen, statt des schon vorhandenen dinglichen Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung betreiben, so schaffen sie damit die unter II, 3 geschilderte, ihnen sicherlich unerwünschte Rechtslage; denn in den allermeisten Fällen wird dann entweder der Zuschlag überhaupt versagt, oder es gelangt doch die Hypothek gar nicht und die Forderung nur zu einem Teilbetrage zur Bezahlung.

Diese unerwünschten Folgen traten bisher nur deswegen weniger in die Erscheinung, weil die Notariate großenteils in jenen Fällen, in denen aus dem persönlichen Vollstreckungstitel vollstreckt wurde, und feststand, daß für die persönliche Forderung eine Hypothek auf dem Versteigerungsobjekt eingetragen war, das Verfahren so gestalteten, als ob nicht aus der Forderung, sondern aus der Hypothek vollstreckt würde.

Daß aber ein solches Verfahren den gesetzlichen Bestimmungen widerspricht, haben wir gesehen, und es steht dem Schuldner in jedem solchen Falle frei, nach §§ 83 Abs. I und 100 ZVG. wegen Verletzung der Vorschriften über die Feststellung des geringsten Gebotes Beschwerde einzulegen, die zur Aufhebung des Zuschlags führen müßte.

Es dürfte sich daher empfehlen, einmal für die Notariate, daß sie das geringste Gebot den Vorschriften des § 44 ZVG. entsprechend legen, dann aber für die das Zwangsversteigerungsverfahren anordnenden Gerichte, daß sie gegebenenfalls die Antragsteller veranlassen, das Verfahren nicht aus dem persönlichen, sondern aus dem dinglichen Vollstreckungstitel zu betreiben.

Kleine Mitteilungen.

Wirkt die Zahlungsfrist des § 1 der Bekanntmachung vom 7. August 1914 auch zugunsten des Bürgen? Kann dieser die Einrede der Vorausklage erheben? Der Hauptschuldner hatte den Gläubiger gemäß § 2 der Bekanntmachung vor das Amtsgericht geladen, die Forderung anerkannt und Zahlungsfrist auf drei Monate erwirkt. Da es sich um einen hohen Betrag — 10000 *M* — handelte, der Gläubiger den Eingang der Forderung dringend notwendig hatte, erhob er gegen den durchaus zahlungskräftigen Bürgen Klage. Dieser brachte den Einwand der mangelnden Vorausklage und der Stundung. Für letztere nahm er ausdrücklich auf die amtsgerichtliche Fristbewilligung Bezug.

Beide Einwendungen sind m. E. zurückzuweisen. Wenn auch die Bürgenhaftung den Vollstreckungsversuch gegen den Hauptschuldner voraussetzt, so kann dies doch in einem Falle nicht richtig sein, wo durch gerichtlichen Akt die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens dargetan ist. Erklärt der Richter durch Urteil, „daß die Lage des Beklagten die Zahlungsfrist rechtfertige", so liegt darin die behördliche Bestätigung, daß der Schuldner infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zahlungsunfähig sei, mindestens in dem Sinne, daß ihm eine Vollstreckung „unverhältnismäßige Nachteile bringe". Wird aus diesem Grunde, wenn auch auf Zeit, durch richterliche Verfügung der Zugriff zum Vermögen des Schuldners dem Gläubiger verwehrt, so kann der Bürge nicht mit seiner Einrede gehört werden. Die Bürgschaft ist gerade dazu da, in dem Umfange Sicherheit zu bieten, in welchem nach Höhe und Fälligkeit die Forderung zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestanden hat, und der Gläubiger braucht dem Bürgen gegenüber auch nicht den verhältnismäßig geringen Nachteil zu tragen, den ihm dem Hauptschuldner gegenüber *nach dessen Lage* der § 1 der Verordnung zumutet.

Auch die Einrede der Stundung ist unbegründet. Zunächst schlägt der Hinweis auf § 767 BGB. fehl. Der Bestand der Forderung wird durch die Zahlungsfrist nicht geändert. Die Forderung, die fällig ist, bleibt fällig; der Fälligkeitstermin wird nicht hinausgeschoben. Andernfalls könnte weder Anerkenntnisurteil ergehen, noch wäre die Bestimmung in Abs. 3 des § 1 der Bekanntmachung über den Zinsenlauf verständlich, da von einer noch nicht fälligen Forderung mangels Abrede keine Zinsen verlangt werden können. Die gerichtliche Zahlungsfrist gibt auch dem Schuldner keine Einrede im Sinne des § 768. Zweck des Verfahrens nach § 2 der Bekanntmachung ist gerade, unter Verzicht auf jede Einrede und unter Anerkennung der Forderung Zahlungsfrist aus Gründen zu erhalten, die für gewöhnlich im Rechtsleben keine Beachtung finden. Die „Stundung" — der Ausdruck ist unrichtig — ist nicht wirksam auf Grund einer Parteivereinbarung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, auf welche sich der Bürge berufen könnte, sondern auf Grund einer im Interesse der Allgemeinheit, vielleicht entgegen dem Willen des Gläubigers erlassenen Anordnung des Richters, die die augenblickliche Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in dem oben erwähntem Sinne voraussetzt. Die Einrede nach § 768 richtet sich aber gerade gegen den Bestand der Hauptforderung selbst, während hier rein in der Person des Schuldners liegende Gründe Beachtung finden, die nicht zum wenigsten dem öffentlichen Interesse entspringen. Gegen dieses Unvermögen des Schuldners den Gläubiger zu schützen, ist aber Sinn und Zweck des Bürgschaftsvertrags.

Diese Anschauung wird wohl mit den wirtschaftlichen Zwecken der „Kriegsgesetze" besser im Einklang stehen, als die gegenteilige Anschauung, die einem millionenreichen Bürgen ohne Grund Zahlungsaufschub gibt und damit zu einer dem Wirtschaftsleben nachteiligen Stockung des Geldverkehrs führt.

Ich verkenne nicht, daß sich, wie überall, so auch hier Gegengründe finden lassen. Vielleicht tragen diese Zeilen dazu bei, die nicht unwichtige Frage weiter zu erörtern.

Rechtsanwalt Dr. Flierl in Nürnberg.

Ist § 207 Abs. 2 StPO. auch bei Strafbefehlsanträgen anzuwenden? Es ist zweifelhaft, ob der Amtsrichter den Antrag des Amtsanwaltes auf Erlassung des Strafbefehls gemäß §§ 447, 448 StPO. zurückweisen kann, wenn er die Klage für unzulässig oder unbegründet erachtet. Denn § 448 enthält keine erschöpfenden Bestimmungen, wie der Amtsrichter auf den Antrag zu verfügen hat. Zunächst läge es nach § 448 Abs. 2 nahe, daß zur Aufklärung des Sachverhaltes immer eine mündliche Verhandlung stattfinden soll, wenn Amtsanwalt und Richter in der Beurteilung der Straftat nicht übereinstimmen. Das kann aber nach dem Wortlaute des Gesetzes nur geschehen, wenn Bedenken gegen das Strafbefehls-Verfahren als solches, also gegen die gewählte Art des Verfahrens oder gegen die Art und die Höhe der Strafe bestehen. Wie aber ist es, wenn der Amtsrichter die Tat nicht für strafbar hält oder wenn sie nach seiner Ansicht die schöffengerichtliche Zuständigkeit überschreitet? Hier hat das Gesetz keine unmittelbare Vorschrift gegeben. Die Vorschrift liegt aber mittelbar in Abs. 1 des § 448. Der Amtsrichter hat in solchen Fällen den Antrag des Amtsanwaltes abzulehnen und zwar sofort ohne Hauptverhandlung; § 207 Abs. 2 StPO. ist nicht anzuwenden. Gegen den richterlichen Bescheid hat der Amtsanwalt das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde.

Der Strafbefehl ist eine ohne vorgängige Verhandlung ergehende amtsrichterliche Entscheidung, die unter gewissen Voraussetzungen das Urteil vertritt. Er ist bis zur Zustellung nach außen ohne Bedeutung. An sich kann der Amtsrichter allerdings seine Unzuständigkeit nicht durch Beschluß selbst aussprechen (§ 207 Abs. 2 StPO.); einen solchen Beschluß faßt er aber auch nicht, wenn er den Strafbefehlsantrag wegen Unzuständigkeit ablehnt. Die Sach- und Rechtslage ist vielmehr folgende: Die Grenze für das Strafbefehlsverfahren ist überschritten und der Strafbefehl wäre gesetzwidrig. Dies allein steht zur Entscheidung. Zur Sache selbst wird nicht erkannt, die Strafklage wird nicht sachlich erledigt. Die Ablehnung des Strafbefehles steht der Erneuerung der öffentlichen Klage nicht im Wege.

Bei Ablehnung des Antrags ergeben sich auch keine Schwierigkeiten. Der Amtsanwalt hat gegen den Ablehnungsbeschluß die Beschwerde und zwar die sofortige nach Analogie der §§ 202, 209 Abs. 2 StPO. Wird die Beschwerde für begründet erachtet, so erläßt das Beschwerdegericht gem. § 351 Abs. 2 StPO. zugleich die in der Sache erforderliche Entscheidung.

Die Frage, ob das Beschwerdegericht nun selbst den Strafbefehl erlassen kann oder nicht, ist müßig. Eine sachliche Entscheidung, die Gegenstand der Anfechtung ist, liegt nicht vor. Der Amtsrichter hat vielmehr die vom Beschwerdeführer beantragte Anordnung nicht getroffen. Hier kann die Beschwerde auch eine einfache Anweisung an das Gericht erster Instanz, also die Anordnung des Erlasses, der Ausfertigung und Zustellung des Strafbefehles zur Folge haben (RGSt. 19, 333 und 337, Löwe 1913 S. 860).

Wird dagegen nach § 207 Abs. 2 StPO. verfahren, so entstehen Weiterungen, wenn die Zuständigkeit der Strafkammer bejaht wird. Bei einer Ueberweisungssache muß vor der Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Schöffengerichte die Staatsanwaltschaft gehört werden; soll vor der Strafkammer verhandelt werden, so muß gemäß § 198 Abs. 2 StPO. die Anklage, also hier der Strafbefehl, der die öffentliche Klage mittelbar enthält, der Staatsanwaltschaft zur Ergänzung gegeben, nicht minder muß die Frist des § 199 StPO. gewahrt werden. Für diese Weiterungen mag eine förmliche Anklageschrift des Amtsanwaltes, nicht aber der meist knappe Strafbefehlsantrag genügen. § 207 Abs. 2 StPO. findet sich auch in dem Abschnitte: „Entscheidung des Gerichts über die Eröffnung des Hauptverfahrens", eine analoge Anwendung auf das Strafbefehlsverfahren ist ungerechtfertigt und unzweckmäßig.

Diesen Standpunkt teilen auch die neuen bayer. Vorschriften für die Behandlung der amts- und schöffengerichtlichen Strafsachen vom 29. November 1913 (JMBl. S. 419). § 27 sagt:

„Hält der Amtsrichter die Erlassung eines Strafbefehls für unzulässig, z. B. wegen des Mangels eines Strafantrages, so weist er den Antrag durch Beschluß unter kurzer Begründung in Spalte 8 des Formulars 7 zurück.

Will der Amtsanwalt gegen den Beschluß Beschwerde erheben (§ 353 StPO.), so bemerkt er dies in Spalte 9 des Formblattes und legt die Beschwerde, wenn die Begründung umfangreicher ist, gesondert bei."

Die Kommission für die Reform des Strafprozesses hat in 1. und 2. Lesung die Einführung folgender Bestimmungen bei § 448 einstimmig angenommen:

„Der Amtsrichter hat den Antrag durch Beschluß abzulehnen, wenn die Voraussetzungen des § 178 Abs. 1 StPO. also insbesondere örtliche und sachliche Unzuständigkeit des Gerichts vorliegen oder der Beschuldigte der ihm zur Last gelegten Tat nicht hinreichend verdächtig erscheint" (s. Protokolle, herausgegeben vom Reichsjustizamte 1905 Bd. I, 1. Lesung S. 329; Bd. II, 2. Lesung S. 253).

Die von einem Kommissions-Mitgliede gegen den Antrag hervorgehobene Möglichkeit, daß gegen den zurückweisenden Beschluß Beschwerde eingelegt werden könne und dadurch eine Erschwerung des Verfahrens eintrete, schien der überwiegenden Mehrheit gegenüber dem Bedürfnisse der Praxis und der durch § 201 StPO. gegebenen Analogie nicht ausschlaggebend.

II. Staatsanwalt v. Balta in Passau.

Aus der Rechtsprechung.

Reichsgericht.

A. Zivilsachen.

I.

Unzulässige Einwirkung einer Partei auf den Eintritt einer Bedingung (§ 162 BGB.); kann eine solche Einwirkung darin erblickt werden, daß eine Partei nichts unternimmt um die unrichtige Entscheidung einer Behörde zu beseitigen? Der Kläger verkaufte dem Beklagten den Hof Nr. 15 zu E. mit allen Rechten und Gerechtigkeiten, namentlich mit der von ihm vor über 30 Jahren erworbenen Kruggerechtigkeit für 32000 *M.* Mit Bezug auf diese bestimmt der § 7 des Vertrages: „Dieser Vertrag wird ausdrücklich unter der Bedingung geschlossen, daß der Käufer in der Ausübung der Kruggerechtsame behördlicherseits nicht gehindert wird, es müßte denn sein, daß der Hinderungsgrund in seiner Person läge; in letzterem Fall ist der Vertrag rechtsbeständig". Auf ein an die Kreisdirektion W. gerichtetes Gesuch erhielt der Beklagte mit Schreiben vom 20. Mai 1911 die Erlaubnis zum Betriebe der Gastwirtschaft mit Ausschank von Branntwein und Spirituosen, während ihm die Erlaubnis zum Kleinhandel mit Branntwein und Spirituosen unter Hinweis auf die in E. schon bestehende Kleinhandlung und mit dem Bemerken versagt wurde, daß die Kruggerechtigkeit, die sein Vorgänger seiner Zeit erworben, nur die Befugnis zum Betriebe der Gastwirtschaft mit Ausschank von Branntwein und Spirituosen, nicht aber die zum Kleinhandel umfasse. Darauf focht der Beklagte den Kauf wegen arglistiger Täuschung an und klagte auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages, Rückerstattung der auf den Kaufpreis gezahlten Beträge und Erstattung von Vertragskosten; seine Klage wurde abgewiesen. Inzwischen hatte der Kläger mit der gegenwärtigen Klage einen Anspruch auf Zahlung des Restkaufgeldes geltend gemacht. Der Beklagte wendete ein, daß er an der Ausübung der ihm mitverkauften Kruggerechtigkeit insofern gehindert sei, als ihm die Behörde den dazu gehörigen Kleinhandel mit Branntwein und Spirituosen nicht gestattet habe, und daß der Vertrag danach gemäß dem § 7 aufgelöst sei. Das LG. wies die Klage auf Grund dieses Einwandes ab. OLG. und RG. billigten die Abweisung.

Aus den Gründen: Nach dem Vertragswillen der Parteien sollte in der mitverkauften Kruggerechtigkeit die Befugnis zum Kleinhandel mit Branntwein und Spirituosen enthalten sein; dies war nach der Absicht der Parteien von Belang und namentlich für den Entschluß des Beklagten bestimmend, den Kauf, wie geschehen, abzuschließen. Mit Recht nimmt das BG. ferner an, daß die Zugehörigkeit der Befugnis zum Kleinhandel zur Kruggerechtigkeit rechtlich insofern von wesentlicher Bedeutung gewesen sei, als die Behörde bei einer Realgewerbeberechtigung die Erteilung der nach § 33 GewO. zur Ausübung des Gewerbes allerdings auch dann erforderlichen Erlaubnis nicht von dem Nachweis eines Bedürfnisses abhängig machen durfte. Es stellt sodann unter Bezugnahme auf sein im Vorprozeß ergangenes Urteil fest, daß die dem Beklagten verkaufte Kruggerechtsame das Recht zum Kleinhandel mitumfaßt, findet aber in der unstreitigen Tatsache, daß die Kreisdirektion dem Beklagten die Erlaubnis zum Kleinhandel mit der Begründung versagt hat, daß die Kruggerechtsame den Kleinhandel nicht umfasse, eine Hinderung in der Ausübung dieser Gerechtsame behördlicherseits, die aus Gründen erfolgt sei, die nicht in der Person des Beklagten lägen, und durch die deshalb der Vertrag gemäß seinem § 7 hinfällig geworden sei. Ohne Grund erhebt die Revision hiergegen den Vorwurf einer Verletzung des § 162

BGB. oder des dieser Bestimmung zugrunde liegenden Rechtsgedankens. Der Vorwurf wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Beklagte die festgestellte Behinderung in der Ausübung der Kruggerechtsame wider Treu und Glauben herbeigeführt hätte (vgl. § 162 Abs. 2), oder wenn die Behinderung darauf zurückzuführen wäre, daß der Beklagte eine nach Treu und Glauben von ihm zu erwartende Handlung nicht vorgenommen hat (vgl. RG. 79 Nr. 21 auf S. 98/99). Weder von dem einen, noch von dem anderen kann hier die Rede sein. Der Beklagte ist um die Erlaubnis auch zum Kleinhandel eingekommen, er hat sich dabei auf die ihm mitverkaufte Kruggerechtsame berufen, und die Erlaubnis zum Kleinhandel ist ihm nur versagt worden, weil die Behörde — allerdings, wie jetzt feststeht, zu Unrecht — annahm, daß sich die Kruggerechtsame nicht darauf erstrecke. Daß der Beklagte damals imstande gewesen sei, die Behörde aufzuklären, und daß er dies unterlassen habe, um die Versagung der Erlaubnis herbeizuführen, ist gar nicht behauptet. Die Revision meint: der Beklagte sei aber in der Lage gewesen, den Bescheid der Kreisdirektion durch eine Klage beim Verwaltungsgerichtshof anzugreifen, und, habe er sich im Verwaltungsstreitverfahren nicht selbst die erforderlichen Unterlagen beschaffen können oder wollen, so würde eine Streitverkündung dem Kläger die Gelegenheit dazu gegeben haben. Allein schon mit der Versagung der Erlaubnis durch die Kreisdirektion war eine Hinderung in der Ausübung der Kruggerechtsame gegeben, und abgesehen hiervon hebt das BG. zutreffend hervor, der Beklagte habe keinen Grund zu der Annahme gehabt, daß er mit einem Vorgehen, wie es ihm hier von der Revision angesonnen wird, Erfolg haben werde. Daß er den Umfang der Kruggerechtsame betreffende Papiere in Händen gehabt, insbesondere vom Kläger erhalten, oder daß dieser ihn sonst über den Umfang der Kruggerechtsame unterrichtet habe oder damals hierzu auch nur in der Lage gewesen sei, ist nicht behauptet; erst in der Berufungsinstanz des Vorprozesses, also lange nach Ablauf der zweiwöchigen Frist, innerhalb deren der Bescheid der Kreisdirektion vom 20. Mai 1911 mit der Klage im Verwaltungsstreitverfahren angegriffen werden konnte, sind aus den Akten der Herzoglichen Kammer die Unterlagen für die Feststellung des Umfanges der Kruggerechtsame beschafft worden. Die Revision führt noch aus: es sei nicht abzusehen, warum diese Unterlagen nicht auch im Verwaltungsstreitverfahren hätten herbeigeschafft werden können. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Beklagte dies jedenfalls nicht voraussehen oder in seiner damaligen Lage auch nur erwarten konnte, und daß die Rücksicht auf Treu und Glauben den Beklagten jedenfalls nicht verpflichtete, der obrigkeitlichen Entscheidung ohne jede Unterlage zur Feststellung ihrer Angreifbarkeit und also auch ohne jede Aussicht auf Erfolg mit Rechtsmitteln entgegenzutreten. Ob dem Beklagten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht trotzdem gebot, sich nach dem versagenden Bescheid der Kreisdirektion um nähere Auskunft über den Umfang der Gerechtsame an den Kläger zu wenden und auf alle Fälle den Bescheid mit der Klage beim Verwaltungsgerichtshof anzugreifen, kann dahingestellt bleiben; denn eine bloße Fahrlässigkeit (§ 276 BGB.) erfüllt, auch wenn dadurch der Eintritt der Bedingung herbeigeführt ist, noch immer nicht die Merkmale eines wider Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens, wie es der § 162 zu seiner Anwendung erfordert. (Urt. des V. ZS. vom 23. September 1914, V 171/1914). E.

3485

II.

Zu §§ 398 und 185 BGB., § 43 KO. Ist die Abtretung aller, auch der künftigen Forderungen einer bestimmten Person wirksam? Wie, wenn der Abtretende berechtigt sein soll, diese Forderungen selbst für sich einzuziehen und in seinem Geschäftsbetriebe zu verwenden, gegen die Verpflichtung, dem Abtretungsempfänger monatlich ein genaues Verzeichnis der Forderungen zu übersenden? Aussonderungsrecht des Abtretungsempfängers im Konkurse des Abtretenden? Aus den Gründen: Die Abtretung künftiger Forderungen ist zulässig (RG. 55, 334, 402; 58, 72; 75, 225; 67, 168); sie muß jedoch diejenigen Erfordernisse erfüllen, an die eine jede Abtretung von Forderungen gebunden ist. Dazu gehört, daß der Gegenstand der Abtretung, der Inhalt der Forderung, bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist, und daß der Abtretungsempfänger die Verfügungsmacht über die abgetretene Forderung erlangen soll und erlangt. Eine Abtretung so allgemeinen Inhalts, wie hier, die sich schlechthin auf alle Forderungen des Abtretenden, die gegenwärtigen und zukünftigen Außenstände aus seinem Geschäftsbetrieb, erstreckt, ist wegen der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der zukünftigen Forderungen und der dadurch bedingten Ungewißheit des Inhalts und Gegenstandes des Rechtsgeschäftes rechtlich unwirksam (RG. 67, 166; JW. 1911 S. 576 Nr. 10 und Warneyer Rechtspr. 1913 Nr. 400). Daran ändert es auch nichts, daß ausgemacht ist, der Abtretende habe dem Abtretungsempfänger allmonatlich ein Verzeichnis der Außenstände einzureichen. Eine solche Vereinbarung ist zur Ermöglichung zweifelsfreier Bestimmtheit um so weniger geeignet, als die Rechtsübertragung von der Aufnahme in die Verzeichnisse nicht abhängig gemacht ist (Warneyer Rechtspr. 1913 Nr. 400). Noch schwerer wiegt hier gegen die Gültigkeit der Forderungsübertragung der Mangel, daß diese in Wahrheit dem Abtretungsempfänger (Zessionar) die Verfügungsgewalt über die Forderungen gar nicht überträgt. Es ist geradezu das Wesen der Rechtsübertragung, daß an die Stelle des bisherigen Berechtigten ein neuer tritt, der nunmehr nicht nur nach innen dem Uebertragenden gegenüber, sondern auch nach außen dem Verpflichteten gegenüber das Recht ausübt und der darüber nach seinem Willen verfügen kann. Mit einer Forderungsübertragung verträgt es sich wohl und es wird bei Sicherheitsübertragungen häufig vorkommen, daß der Abtretende von dem neuen Berechtigten, dem Abtretungsempfänger, ermächtigt wird, die Forderungen für dessen Rechnung einzuziehen; eine Abmachung aber, wonach dem Abtretenden schlechthin die weitere Verfügung über die übertragenen Forderungen verbleibt und er berechtigt ist, sie für sich geltend zu machen, den Einziehungsbetrag nach seinem Ermessen in seinem Geschäftsbetriebe zu verwenden, ist mit dem Wesen der Rechtsübertragung unvereinbar (RG. 37, 103, 106). Eine solche Rechtsübertragung ist in Wirklichkeit keine; sie kann als ernstlich gemeint nicht angesehen werden. Der vom BG. für die Gültigkeit der Uebertragung angezogene § 185 BGB. hat für die zu entscheidende Frage keinerlei Beweiskraft. Die Abtretungserklärung in dem Vertrage vom 9. November 1909 zugunsten des Klägers ist hiernach ungültig; daraus ergibt sich, daß dem Kläger der geltendgemachte Aussonderungsanspruch nicht zusteht. (Urt. des VI. ZS. vom 7. Mai 1904, VI 123/1914). K.

3484

III.

Haftung aus dem Mietvertrage. Aus den Gründen: Mit Unrecht verneint die Revision die Fahrstuhlhaftung der Bekl. aus dem Mietvertrage. Daß beim Abschluß des Vertrages der Kläger die gefährliche, den polizeilichen Vorschriften zuwiderlaufende Beschaffenheit des Fahrstuhls gekannt hätte, ist nicht festgestellt. Sein Anerkenntnis im § 6 des Vertrages, daß „die Mieträume selbst, deren Zubehör und Bestandteile als gut und gebrauchsfähig gelten“, ergibt keinen Anhalt dafür. Diese Worte des Vordrucks enthalten nicht die

Erklärung, daß der Kläger alles Einzelne, insbesondere den Fahrstuhl, auf die Tauglichkeit und auf eine den polizeilichen Anordnungen entsprechende Beschaffenheit geprüft und mit den vertraglichen Zusagen im Einklang gefunden habe. Wenn er in der Folge den Fahrstuhl mit all den sich aus dem vertrags- und polizeiwidrigen Zustande ergebenden Mängeln und Gefahren benutzt und, wie die Revision sagt, sich niemals bei den Beklagten über die „angeblichen" Mißstände beschwert hat, so folgt daraus nicht, daß er die Gewährung des gefährlichen, vorschriftswidrigen Fahrstuhls als ordnungsmäßige Erfüllung der den Beklagten obliegenden Vertragsleistung hat einräumen wollen. Von einer Genehmigung des Zustandes, den er nicht herbeigeführt hatte und nicht ändern konnte, war nicht die Rede. Nach Treu und Glauben kann seinem Verhalten als Mieter nicht entnommen werden, daß er einen Fahrstuhl als Vertragserfüllung angenommen habe, dessen Zustand solche Gefahren in sich barg und so gröblich im Widerspruch zu den obrigkeitlichen Anordnungen stand. Dies sein Verhalten schließt danach nicht eine Vertragshaftung der Beklagten wegen der Zustände aus, die ihnen als ordnungs- und vertragswidrig bekannt waren oder doch hätten bekannt sein müssen, wenn sie ihrer Vertragspflicht sorgfältiger Ueberwachung genügt hätten. Die Kenntnis ihres Hausverwalters als ihres Erfüllungsgehilfen hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrage, geht zu ihren Lasten und, daß der Hausverwalter die Mißstände gekannt und, abgesehen von der nicht ernstlich gemeinten Abmahnung, während der ganzen Mietzeit des Klägers geduldet hat, ist außer Streit. Die Angabe der Revision, der Kläger habe selbst die Sicherungsmaßnahmen am Fahrstuhl außer Wirksamkeit gesetzt, er und seine Angestellten hätten Nägel zur Verhinderung des Vorspringens der Riegel angebracht, ist tatbestandswidrig. Die Tür zum Fahrstuhlschacht im Keller hat der Kläger offengelassen, weil sie infolge des von den Bekl. nicht verhinderten Mißbrauchs immer offen stand. Das BG. führt aus, der Kläger hätte am Abend des Unfalls vom Keller erst nach Schließung der Kellertür des Aufzugs aufwärts fahren können, wenn die automatische Sicherung in Ordnung gewesen wäre. Der Aufzugsschacht sei also dann versperrt gewesen und der Kläger hätte nicht in den Schacht stürzen können. Damit ist ohne weiteres der ursächliche Zusammenhang festgestellt zwischen dem Unfall und dem vom Hausverwalter bewirkten Abklemmen des Zuleitungsdrahts, das den Zutritt des die Sicherung regelnden elektrischen Stroms verhinderte. Die Sicherung sollte ja gerade Gewähr dafür sein, daß jede der Türen nur dann geöffnet werden konnte, wenn der Fahrstuhl in gleicher Höhe mit dem betreffenden Stockwerk war. Ein mitwirkendes Verschulden des Klägers ist zutreffend angenommen worden. (Wird ausgeführt). Allein das Verschulden der Beklagten oder das von ihnen zu vertretende ihres Erfüllungsgehilfen ist das bei weitem überwiegende. Es bildet die eigentliche, durch die ihnen zur Last fallende Verletzung der Vertrags- und allgemeinen Rechtspflicht erst geschaffene Grundlage für die Unfallsmöglichkeit ... (Urt. d. III. ZS. vom 3. Juli 1914, III 128/14).

3434 —a—

IV.

Zum Schadensbegriff i. S. des § 249 BGB.; Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung der Verpflichtung, im Falle der Zwangsversteigerung die Forderung eines Hypothekgläubigers auszubieten. Für die Klägerin sind auf dem gleichen Grundstück Hypotheken von 58 500 *M* und 36 500 *M* nebst 4 ½, im Verzugsfalle 5 ½ % Zinsen eingetragen. In notariell beglaubigter Urkunde verpflichtete sich der Beklagte der Klägerin: „falls das .... Pfandgrundstück vor Rückzahlung der .... Hypotheken von 95 000 *M* zur Zwangsversteigerung gelangen sollte, die Forderung ... an Kapital, Zinsen und Kosten vollständig auszubieten", wogegen die Klägerin gehalten sein sollte, ihm oder unter seiner selbstschuldnerischen Bürgschaft auch einem anderen Ersteher das Kapital von 95 000 *M* bis zum Ablauf der ursprünglichen Beleihungszeit unter den eingetragenen Bedingungen zu belassen. Wegen unpünktlicher Zinszahlung wurden die Hypothekenkapitalien fällig und die Klägerin betrieb die Zwangsversteigerung. Von der Einleitung der Zwangsversteigerung und von dem Versteigerungstermine gab sie dem Beklagten Nachricht. Da dieser in dem Termine trotzdem unvertreten blieb und auch von dritter Seite kein Gebot abgegeben wurde, gab sie selbst ein Gebot ab, ließ aber das Verfahren dann einstweilen einstellen. Darauf erhob sie die gegenwärtige Klage mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, an sie 4996.55 *M* nebst Prozeßzinsen zu zahlen. Zur Begründung machte sie geltend: Der Eigentümer habe ihr zur Zeit der Zwangsversteigerung 5 ½ % Zinsen von den 95 000 *M* für die Zeit vom 1. Juli 1912 bis 31. März 1913 d. i. 3918.75 *M* geschuldet, an Verwaltungsvorschüssen und Gerichtskosten habe sie 1077.80 *M* bezahlt; den von ihr hiernach im Versteigerungsverfahren angemeldeten Betrag von 4996.55 *M* habe der Beklagte der in der Urkunde vom 30. Dezember 1911 übernommenen Verpflichtung gemäß ausbieten müssen; da er dies nicht getan, sei er ihr schadensersatzpflichtig.

Aus den Gründen: Das BG. nimmt in dem Streit der Parteien über den Inhalt der vom Beklagten laut der Urkunde vom 30. Dezember 1911 übernommenen Verpflichtung nicht Stellung. Es meint: auch wenn der Beklagte eine Verpflichtung in dem von der Klägerin vertretenen Sinne übernommen habe, scheitere der geltend gemachte Schadensersatzanspruch daran, daß der Klägerin noch kein Schaden entstanden sei; die Klägerin habe sowohl wegen der berechneten Zinsen als auch wegen der berechneten Kosten einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück, und es sei mit der Wahrscheinlichkeit zu rechnen, daß sie mit jenen Zinsen und Kosten in dem noch nicht zu Ende geführten Zwangsversteigerungsverfahren zur Hebung gelange. Der Revision ist zuzugeben, daß das BG. hiermit den Schadensbegriff verkannt hat. War der Beklagte der von der Klägerin vertretenen Auffassung entsprechend verpflichtet, in dem ihm von dieser bekannt gemachten Versteigerungstermine zu erscheinen und dafür zu sorgen, daß ein ihre Forderung einschließlich der Zinsen und Kosten deckendes Gebot abgegeben wurde und „der Umsatz der Hypothek in Geld" gelang, so würde die Klägerin bei gehöriger Erfüllung dieser Verpflichtung namentlich wegen der nach dem § 49 ZVG. vom Ersteher im Verteilungstermine bar zu berichtigenden Zins- und Kostenbeträge durch Barzahlung befriedigt worden sein. Demgegenüber aber bedeutet der bei Nichterfüllung der Verpflichtung bestehende Zustand einen der Klägerin erwachsenen Schaden, und zwar einen Vermögensschaden auch dann, wenn mit der späteren Befriedigung der Zins- und Kostenansprüche aus dem dafür haftenden Grundstück als in sicherer Aussicht stehend gerechnet und zugleich der persönliche Befriedigungsanspruch gegen den Hypothekschuldner berücksichtigt wird. Im heutigen Wirtschafts- und Verkehrsleben kann sich an Verwend- und Verwertbarkeit kein Vermögensstück mit barem Gelde messen; das trifft namentlich auch gegenüber einer wenngleich dinglich gesicherten Geldforderung zu; für eine Bank, die mit der rechtzeitigen Befriedigung ihrer Geldforderungen rechnet und mit Rücksicht auf ihre Verpflichtungen rechnen muß, ist dieser Umstand von besonderer Bedeutung und gerade in dieser Beziehung hat sich die Klägerin durch die streitige Vereinbarung sichern wollen, wenn diese den ihr von der Klägerin beigelegten Sinn hat. Es kommt hinzu, daß die Befriedigung der Klägerin wegen ihrer Zins- und Kostenforderung die Sicherheit ihrer Kapitalhypothek gemäß

§ 12 ZVG. beeinflußt. Das BGB. gibt keine Begriffsbestimmung für den Schaden; es folgt hier aber, wie nicht zu bezweifeln, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und versteht demgemäß unter Vermögensschaden insbesondere jede ungünstigere Gestaltung des Vermögenszustandes oder in Uebereinstimmung mit der im § 1 Teil I Tit. 6 PrALR. gegebenen Begriffsbestimmung jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Vermögens. Die Abweisung der Klage rechtfertigt sich auch nicht etwa aus der Erwägung, daß der zum Schadensersatz verpflichtete Beklagte nach dem § 249 nur den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn er seiner Verpflichtung genügt hätte, und daß in diesem Falle zwar die Klägerin den mit der Klage geforderten Zinsen- und Kostenbetrag in Händen haben, dafür aber ihr entsprechender dinglicher und persönlicher Anspruch erloschen sein würde. Hieraus folgt zwar, daß die Klägerin als Schadensersatz die Zahlung des Geldbetrages nur gegen Abtretung dieses ihres Anspruchs beanspruchen kann (RG. 62 Nr. 79 auf S. 333/4); dies ist aber gegenüber dem Klageanspruch nicht etwas anderes, sondern nur ein minderes. In der Sache selbst kann nicht entschieden werden. Denn diese Entscheidung hängt namentlich von der Auslegung der Urkunde vom 30. Dezember 1911 hinsichtlich der darin vom Beklagten übernommenen streitigen Verpflichtung ab, und diese Auslegung erfordert eine Tatsachenwürdigung, die dem Revisionsgericht entzogen ist. In Betracht kommt insbesondere, daß sich die Klägerin für ihre Auslegung auf die Auffassung des Großberliner Geschäftsverkehrs bezogen hat. (Urt. des V. ZS. vom 23. Sept. 1914, V 139/1914). E.

3477

B. Straffachen.

I.

Dürfen die Kundschaft („Fasson") und andere wirtschaftliche Güter, die keinen bestimmten Vermögensgegenstand darstellen, als Aktivum in die Bilanz eingestellt werden? Aus den Gründen: Die StK. beanstandet, daß in die Aktivseite der Bilanzen Posten aufgenommen sind, die dort als „Fasson" bezeichnet sind, und die in den Bilanzen von 1907 bis 1910 regelmäßig und zwar im ganzen von 8000 *M* auf 20000 *M* steigen. Unter „Fasson" ist unstreitig der Wert der Kundschaft der Gesellschaft als Aktivum verbucht. Die StK. erachtet die Einsetzung und Bewertung einer Kundschaft der Gesellschaft als Aktivum in deren Bilanz nur soweit für zulässig, als ein Gegenwert für sie von der Gesellschaft gegeben ist, nämlich in der Eröffnungsbilanz dann, wenn die Gesellschaft bei ihrer Errichtung die Kundschaft eines bestehenden Geschäfts gegen Entgelt übernommen hat, und in den Bilanzen der folgenden Jahre nur dann, wenn Kundschaften anderer Firmen zur Erweiterung des Geschäfts gegen Entgelt übernommen worden sind; sie erachtet dagegen die fortgesetzte und jeder greifbaren Unterlage entbehrende Erhöhung eines solchen in die Eröffnungsbilanz aufgenommenen Postens in den folgenden Bilanzen im Anschluß an das Gutachten des Sachverständigen für unzulässig. Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision; sie meint, daß unter die Aktiven der Bilanz alle greifbaren Vermögenswerte der Gesellschaft aufgenommen werden müßten, und rechnet zu solchen Vermögenswerten auch die Kundschaft des Geschäfts, zu deren Erlangung und Erweiterung bestimmte Aufwendungen im Laufe des Geschäftsjahres gemacht werden müßten, und die auch jederzeit veräußerlich sei und zwar zu steigendem Preise, je weiter sie sich in dem einzelnen Geschäftsjahr ausdehne. Sie schildert im einzelnen die Art des Geschäfts der Gesellschaft und der Gewinnung der Kundschaft; die Gewinnung jedes einzelnen Kunden erfordere von dem Geschäft erhebliche Auslagen, sei aber auch zugleich ein bleibender Vorteil des Geschäfts, da die Kunden durch langfristige Verträge an die Gesellschaft gebunden seien; deshalb habe mit der Zunahme der Kundschaft der ursprünglich für sie eingesetzte Aktivposten von Jahr zu Jahr erhöht werden müssen. Die Kundschaft, die die Gesellschaft durch Uebertragung ihrer Rechte aus den mit den Kunden geschlossenen Verträgen auf eine andere Firma habe verwerten können, sei ein ständig steigender Vermögenswert der Gesellschaft gewesen. Die Ansicht der Revision kann nicht gebilligt werden. Nach § 40 HGB., § 41 GmbHG. sind in die Bilanz sämtliche Vermögensgegenstände und Sachen der Gesellschaft nach dem Werte einzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für den die Aufstellung stattfindet. Als Aktivum ist hiernach alles zu verbuchen, was zu dieser Zeit Gegenstand des Rechtsverkehrs ist, also nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch Rechte, wie Patent-, Verlags- und Lizenzrechte. Dagegen sind ideelle Werte, die sich nicht in einem gegen jeden durchzusetzenden Rechte ausdrücken, rein wirtschaftliche Güter, nur dann als Bilanzposten anzuerkennen, wenn die Gesellschaft sie von dritter Seite erworben und zu ihrer Erlangung Aufwendungen gemacht hat, so ein erworbenes Fabrikationsgeheimnis, die mit dem Geschäfte eines Dritten erworbene Firma oder die übernommene Kundschaft eines anderen Geschäfts. Denn in solchem Falle sind diese Güter, die im Besitze des Veräußerers rein wirtschaftliche Güter waren, im Zeitpunkt der Veräußerung durch Benutzung einer damals gegebenen Veräußerungsgelegenheit Vermögensgegenstände des früheren Besitzers geworden und als solche sind sie von der Gesellschaft erstanden und damit Gegenstände ihres Vermögens geworden. Dagegen können die selbst erworbene Kundschaft, die eigene Firma, die eigenen Fabrik- und Erfindungsgeheimnisse nicht als Aktivum in einer Bilanz erscheinen, und demzufolge auch nicht mit ihrem Wachstum oder ihrer Vermehrung in der Bilanz erhöht werden. Das ist ebensowenig möglich wie die Einstellung des aus noch unerfüllten gegenseitigen Verträgen für den Fall der Erfüllung erwarteten Nutzens oder der zum Zwecke des Abschlusses gemachten Aufwendungen. Ansprüche aus solchen Verträgen haben ebensowenig wie das eigene Fabrikationsgeheimnis, die eigene Firma oder die selbst erworbene Kundschaft bereits einen Vermögenswert für die Gesellschaft in dem Zeitpunkte, für den die Bilanz aufgestellt wird. Denn zu diesem Zeitpunkte ist die an sich mögliche Verwertung nicht beabsichtigt; vielmehr beruht in diesem Zeitpunkt auf ihrer Beibehaltung der Fortbestand und die Entwicklungsmöglichkeit des Geschäfts der Gesellschaft; sie bilden ein von der Gesellschaft nicht zu verwertendes, sondern ein von ihr allein zu nutzendes wirtschaftliches Gut, das erst zu einem Vermögenswert wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, sie durch Veräußerung an Dritte zu verwerten, und sie auch tatsächlich verwertet werden. Alsdann bilden aber auch nicht sie, sondern der durch ihre Verwertung erzielte Geldbetrag das in die Bilanz im Zeitpunkte dieser Verwertung einzustellende Aktivum. Würden sie schon vorher als ein Vermögensgegenstand von bestimmtem Wert in die Bilanz der Gesellschaft eingesetzt, während die Gesellschaft sie nutzt und von ihrer Veräußerung absieht, so bewirkte diese Einsetzung eine Unrichtigkeit der Bilanz in den Aktiven. Denn wenn wie hier der Berechtigte an diesen rein wirtschaftlichen Gütern in Konkurs gerät, ehe er sie verwertet hat, und demzufolge der Konkursverwalter in die Lage kommt sie zu verwerten, so würde dieser für das Fabrikationsgeheimnis oder die Kundschaft oder die Firma der in Konkurs verfallenen Gesellschaft kaum einen Liebhaber finden, diese Güter also zu dem von ihrem Inhaber angenommenen Werte wohl nicht verwerten können; für ein

Fabrikationsgeheimnis, die Kundschaft oder die Firma einer Gesellschaft, die diese nicht vor der Konkurseröffnung haben schützen können, findet sich schwerlich ein Abnehmer. Das wirtschaftliche Gut bleibt unverwertbar oder weniger verwertbar, es ist kein oder nur ein geringer Vermögenswert der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung; es war ein bestimmter Vermögenswert also auch nicht vorher, insbesondere nicht in dem Zeitpunkt, für den die Bilanz aufzustellen war. Solche im Zeitpunkt der Bilanzaufstellung einen bestimmten Vermögensgegenstand nicht darstellende wirtschaftliche Güter müssen daher, so lange sie nicht durch Veräußerung verwertet werden, aus den Aktiven der Bilanz ausgeschlossen bleiben, und nicht sie, sondern erst ihr Veräußerungspreis dürfen in die Bilanz eingestellt werden. Der Veräußerungspreis muß aber in die Bilanz aufgenommen werden. (Urt. des I. StS. vom 27. Juni 1914, 1 D 370/1914). E.

3483

II.

Zu § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB.: Ankündigung oder Anpreisung gegenüber „dem Publikum". Aus den Gründen: Die StK. hat den Eröffnungsbeschluß dahin aufgefaßt, daß dem Angeklagten Verübung des Vergehens durch Versenden der Preisliste, das in R. und W. stattfand, zur Last gelegt werde. Daß die einzelne Preisliste immer nur einer einzelnen Person übersandt wurde, schließt nicht aus, daß die in der Versendung liegende Anpreisung oder Ankündigung an das Publikum stattgefunden hat. Nach der ausdrücklichen Urteilsfeststellung hat der Angeklagte die Preislisten jedem übersandt, der sich auf die in den Karten enthaltene Aufforderung hin meldete. Die Uebersendung erfolgte mithin, wie die StK. ohne Rechtsirrtum annimmt, an eine Mehrzahl unbestimmt welcher und wie vieler Personen, also an das Publikum. Der einzelne Empfänger kam nur als Glied dieses Publikums in Betracht. (Urt. des V. StS. vom 2. November 1914, 5 D 606/1914). E.

3481

III.

Zu § 196 StGB.: Antragsberechtigung des Garnisonsältesten. Aus den Gründen: In dem angefochtenen Urteil ist angenommen, der Angeklagte habe durch seine Handlungsweise nicht nur „die beiden zunächst betroffenen Offiziere", sondern alle deutschen Offiziere beleidigt. Dem Umstand, daß nur für einen bestimmten Teil der beleidigten Angehörigen des deutschen Offizierstands, nämlich für die in C. garnisonierenden Offiziere Strafantrag gestellt ist, und im übrigen nur die von den Leutnanten H. und O. persönlich gestellten Strafanträge vorliegen, wird in dem Urteil und insbesondere auch in dessen entscheidendem Teil in rechtlich zutreffender Weise Rechnung getragen. Der von dem Garnisonältesten der C.er Garnison gestellte Strafantrag ist rechtswirksam. Nach §§ 17, 16 der Disziplinarordnung für das Heer sind die Garnisonältesten zur Handhabung der Disziplin gegen alle am Ort befindlichen Offiziere insoweit zuständig, als Handlungen gegen militärpolizeiliche Vorschriften oder gegen ihre eigene dienstliche Autorität in Frage stehen, und auch insoweit, als die Disziplinargewalt gegen solche Offiziere auszuüben ist, die einen anderen mit Disziplinargewalt ausgestatteten und zur Bestrafung zuständigen Vorgesetzten nicht am Orte haben. Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit, daß der Garnisonälteste nicht nur Vorgesetzter der ihm in seiner eigentlichen militärischen Dienststellung disziplinär unterstellten Offiziere sondern überhaupt der Offiziere der Garnison ist. Das ist auch in einem Erlaß des Kriegsministeriums vom 3. August 1894 anerkannt und überdies bereits in der Entscheidung 3. D. 1147/10 vom 23. Januar 1911 ausgesprochen (vgl. Entsch. Bd. 3 S. 246). (Urt. des I. StS. vom 27. Juni 1914, 1 D 572/1914). E.

3482

Oberstes Landesgericht.

Zivilsachen.

I.

Zu § 839 BGB., Art. 126 NotG.; haftet der Notar selbst dem Geschädigten, wenn er eine amtliche Haftung für den grundbuchamtlichen Vollzug einer unvollziehbaren Urkunde übernommen hat? Der Privatier B. B. in W. gab seinem ihn um ein Darlehen angehenden Neffen gleichen Namens, Kaufmann in P., einen Hypothekenbrief, inhaltlich dessen für ersteren eine Hypothek zu 1500 *M* mit 150 *M* Kaution bestellt ist, zu dem Zweck, daß er sich damit Kredit verschaffe. Der Neffe wandte sich an die P.er Handwerkerkreditgenossenschaft um ein Darlehen. Diese sicherte ihm das Darlehen gegen Verpfändung der Hypothek zu und verwies ihn wegen der Verpfändung an den Notar H. in der Meinung, der Darlehensuchende sei der Hypothekgläubiger. Der Notar errichtete die Verpfändungsurkunde und übersah dabei, daß der bei ihm erschienene Neffe nicht der Hypothekgläubiger war. Er ließ ihn deshalb erklären, daß er die für ihn eingetragene Hypothek verpfände, und erteilte der Darlehensgläubigerin folgende von ihm unterzeichnete und mit dem Amtssiegel versehene Bestätigung: „Hypothekverpfändung zu $\frac{1500\,M}{150\,M}$ wurde wie vorbedungen heute beurkundet. Für den richtigen antragsgemäßen Vollzug wird amtlich gehaftet". Auf Grund dieser Bestätigung erhielt der Neffe das Darlehen ausbezahlt. Als die Verpfändungsurkunde dem Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt wurde, wurde die Verwechslung entdeckt und der Vollzug abgelehnt. Die Darlehensgläubigerin erhob, da sie von B. B. Deckung nicht erlangen konnte, gegen den Fiskus und den Notar Klage. Die Genossenschaft habe nur auf Grund der vom Schuldner zugesicherten und vom Notar garantierten Sicherheit für ihr Darlehen die Valuta ausbezahlt. Der Notar habe bei Aufnahme der Urkunde und der Vollzugsbestätigung seine Amtspflicht dadurch fahrlässig verletzt, daß er es an der nötigen Sorgfalt bei der amtlichen Feststellung der Person des Verpfänders mangeln ließ und durch seine Mitteilung, daß er für den Vollzug der Hypothekverpfändung amtlich hafte, die Klägerin zur Auszahlung des Darlehens bestimmte. Der Fiskus habe für dieses Verschulden seines Beamten einzutreten. Der Notar hafte aber auch noch persönlich als Gesamtschuldner neben dem Fiskus, weil er durch seine Erklärung vom 28. April 1911 der Bank gegenüber persönlich dafür eingestanden sei, daß der Bank die verlangte Sicherheit zuteil werde. Die Klage gegen den Notar wurde vom ObLG. abgewiesen.

Aus den Gründen: Soweit die Klage gegen den Notar dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wurde, beruht das Urteil auf einer Verletzung des § 839 BGB. und des Art. 126 NotG. Ohne Rechtsirrtum hat das BG. angenommen, daß der Notar durch den Satz der von ihm erteilten Bestätigung vom 28. April 1911: „für den richtigen antragsgemäßen Vollzug wird amtlich gehaftet" keine persönliche Haftung übernommen hat. Nicht zu beanstanden ist auch die Auslegung des vorstehenden Satzes dahin: dem grundbuchamtlichen Vollzuge der Urkunde stehe kein rechtliches Hindernis im Wege, die beurkundete Hypothekverpfändung werde im Grundbuch eingetragen, hiefür stehe der Staat ein. Das BG. führt ferner aus, daß die Haftungserklärung des Notars über die dem Notar zustehende Amtsbefugnis hinausgehe, da

der Vollzug der Urkunden im Grundbuche nicht Aufgabe der Notariate, sondern der Grundbuchämter sei; wenn sich auch hinsichtlich der Erteilung solcher Haftungserklärungen zwischen den Notariaten und Kreditanstalten eine gewisse Uebung herausgebildet haben möge, so könne durch eine solche mißbräuchliche Uebung der Amtshandlung des Notars nicht die Eigenschaft der Gesetzwidrigkeit genommen werden. Das ist zutreffend; auch daß solche Haftungserklärungen dazu angetan sind, den Glauben an die Begründung der Haftung des Staates zu erwecken und daher irreführend wirken, ist richtig und mit Recht sagt das Urteil des BG. weiter, es liege ein Verstoß gegen die Amtspflicht i. S. des § 839 BGB. vor, wenn ein dem Publikum gegenüber mit öffentlicher Autorität bekleideter Beamter unter Ueberschreitung seines Amtsbereichs eine urkundliche Erklärung abgebe, die nach ihrer Form beim Publikum den Anschein einer von einem zuständigen Beamten ausgestellten öffentlichen Urkunde, einer amtlichen Beurkundung zu erwecken und so irre zu führen, die Sicherheit des Verkehrs zu gefährden geeignet sei (RG. 71, 60); der Notar habe hienach durch die Haftungserklärung fahrlässig seine Amtsbefugnisse überschritten und es sei an sich der Tatbestand des § 839 BGB. nach der objektiven und der subjektiven Seite gegeben. Rechtsirrig ist aber die Annahme, daß der Notar die Amtsbefugnisse nicht in Ausübung seines Amtes überschritten habe, wie Art. 126 NotG. voraussetze, sondern nur bei Gelegenheit der Ausübung und daß deshalb der Staat nicht nach Art. 126 NotG. haftbar sei, sondern der Notar der Klägerin persönlich hafte. Mit Recht bezeichnet es der Vertreter des Notars H. als einen Widerspruch anzunehmen, daß dieser eine amtliche Haftung für den gerichtlichen Vollzug einer von ihm aufgenommenen Urkunde nicht in Ausübung des Amtes, sondern nur gelegentlich der Ausübung übernommen habe. Die Haftung für den Vollzug steht in innerem Zusammenhang mit der Beurkundung; diese war die Voraussetzung, die Veranlassung zur Haftungserklärung. Allerdings war der Notar zu dieser Haftungserklärung nicht zuständig und er hat hiedurch seine Amtsbefugnisse überschritten; die Ueberschreitung ist aber in Ausübung des Amtes geschehen, und deshalb wäre nach Art. 126 NotG. für die Verletzung der Amtspflicht der Staat verantwortlich, gegen den aber die Klägerin einen Anspruch aus der Haftungserklärung nicht herleitet. Hienach ist die Klage gegen den Notar unbegründet und mit Recht vom LG. abgewiesen worden. (Urt. des I. ZS. vom 19. Juni 1914, Reg. I Nr. 54/1914). M.

3474

II.

Zu § 1645 BGB.: Wann ist die Genehmigung zum Beginn eines neuen Erwerbsgeschäfts zu versagen? Der Schreiner G. hat bei dem AG. L. beantragt, den Betrieb einer Schreinerei durch seinen am 9. August 1899 geborenen Sohn Jakob vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen. Zur Begründung hat er vorgebracht: Das Konkursverfahren über sein Vermögen sei durch Schlußverteilung beendet worden; er schulde seinen Gläubigern noch ungefähr 7000 *M*. Er habe in A. eine Schreinerei begonnen, befürchte aber, daß seine Gläubiger ihm den Betrieb durch Pfändungen unmöglich machen würden, und bitte daher den Betrieb des Geschäfts durch seinen minderjährigen Sohn zu genehmigen, der selbst darin beschäftigt sei. Das AG. hat den Antrag abgewiesen; die Genehmigung könne nicht erteilt werden, da nicht eine Maßnahme begünstigt werden dürfe, die nur den Zweck habe, den Gläubigern des Antragstellers den Zugriff zu weiterem Vermögen zu vereiteln. Das LG. hat die Beschwerde des J. G. unter Anschluß an die Gründe des Amtsgerichts verworfen. J. G. hat die weitere Beschwerde eingelegt. Die Beschlüsse der Vorinstanzen wurden aufgehoben und die Sache an das AG. zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Bestimmung des § 1645 BGB. beruht auf der Erwägung, daß die Neubegründung eines Erwerbsgeschäfts außerhalb der gewöhnlichen Vermögensverwaltung liegt und für das Kind in der Regel mit Gefahr verknüpft ist (Mot. Bd. IV S. 768 ff.); die Vorschrift ist also ausschließlich im Interesse des Kindes gegeben. Bei der Entscheidung der Frage, ob die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu erteilen oder zu versagen ist, ist deshalb nur zu prüfen, ob der Geschäftsbetrieb im Interesse des Kindes gelegen ist oder nicht; anderweitige Erwägungen, besonders Rücksichten auf den Gewalthaber, dessen Gläubiger oder sonstige dritte Personen haben außer Betracht zu bleiben. Die Vorinstanzen durften also nicht die Genehmigung mit der Begründung versagen, daß der Geschäftsbetrieb nur deshalb auf den Namen des Sohnes geführt werde, um den Gläubigern des Vaters den Zugriff auf dessen Vermögen zu vereiteln. Sie mußten vielmehr prüfen, ob der Geschäftsbetrieb im Interesse des Sohnes gelegen ist oder nicht. Dabei hätte berücksichtigt werden müssen, daß zwar allerdings der Endzweck der ganzen Maßregel der sein mag, den Gläubigern des Vaters den Zugriff auf das Geschäft und dessen Erträgnisse zu vereiteln, daß aber deswegen nicht ohne weiteres der Geschäftsbetrieb gegen das Interesse des Minderjährigen verstößt. Die Führung des Geschäfts auf den Namen des Sohnes wird hier vermutlich das einzige Mittel sein, um dem Antragsteller und seiner Familie einen geordneten Nahrungsstand zu verschaffen. Daß dies auch im Interesse des minderjährigen Sohnes selbst gelegen sein kann, ist kaum zu bezweifeln. Andererseits wird durch den Geschäftsbetrieb der Sohn möglicherweise mit Verbindlichkeiten belastet, die seinem weiteren Fortkommen hinderlich sein können. Die Vorschrift des § 1645 ist gerade auch mit Rücksicht darauf getroffen, zu verhindern, daß verschuldete Väter auf den Namen der Kinder Geschäfte beginnen (KommBer. d. Reichst. S. 2076). Es wäre deshalb zu prüfen gewesen, ob die Persönlichkeit des Antragstellers und die sonstigen Verhältnisse eine Gewähr dafür bieten, daß eine Gefährdung des Sohnes nicht eintritt, wobei auch zu berücksichtigen war, daß eine Gefährdung des Minderjährigen auch durch die Versagung der Genehmigung nicht ohne weiteres verhindert werden kann. Denn da der § 1645 BGB. nur eine Soll-Vorschrift enthält, sind die von dem Vater für das Kind im Betriebe des Erwerbsgeschäfts abgeschlossenen Rechtsgeschäfte für das Kind auch bei der Versagung der Genehmigung rechtsverbindlich. Eine Sicherung gegen die daraus entspringenden Gefahren kann durch bei der Genehmigung aufzuerlegende Bedingungen sowie durch die nach den §§ 1667, 1668, 1670 BGB. zulässigen Maßregeln erzielt werden. Es wäre Sache der Vorinstanzen gewesen, zu prüfen, ob hiedurch den Interessen des Kindes nicht mehr gedient wird als durch die Versagung des Geschäftsbetriebs. Zur Duldung einer besonderen Beaufsichtigung des Geschäftsbetriebs und zur Rechnungslegung hat sich der Antragsteller selbst ohnehin schon bereit erklärt. (Beschl. des I. ZS. vom 25. September 1914, Reg. III Nr. 70/1914). M.

3486

Strafsachen.

I.

Umfang der Verpflichtung der in Art. 143 Ziff. 1 PStGB. genannten Gewerbetreibenden, besonders der Bierwirte zum sichtbaren Anschlage der Preise ihrer Verkaufsgegenstände. Der Angeklagte Gastwirt L. verschenkte bisher das Bier in Gefäßen zu 1 l, ½ l und ¼ l. verzapft es aber nunmehr in Rücksicht auf das Schankgefäßgesetz vom $\frac{\text{20. Juli 1871}}{\text{24. Juli 1908}}$ in auf 0,9 und 0,45 l zurück-

geeichten Gefäßen, da der Abstand des früheren Füllstrichs vom oberen Rande nicht 2 cm betrug. Die Gefäße zu 1/4 l blieben unverändert. Er ließ in seinem Gastzimmer anschlagen: „Helles 0,9 l 28 Pfg., 0,45 l 14 Pfg., 1/4 l 7 Pfg.; dunkles 0,9 l 24 Pfg., 0,45 l 12 Pfg., 1/4 l 6 Pfg." Das Berufungsgericht verurteilte den L. wegen einer Uebertretung nach Art. 143 Ziff. 1 PStGB. Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen: Nach der auf Grund des Art. 143 Ziff. 1 PStGB. erlassenen ortspolizeilichen Vorschrift haben die Bierwirte die Preise ihrer Verkaufsgegenstände an oder in ihren Verkaufsräumen auf eine für die Käufer sichtbare Weise anzuschlagen. Nach Art. 144 PStGB. muß grundsätzlich jede Menge abgegeben werden, für deren Verweigerung eine genügende Entschuldigung nicht vorliegt. Die Weigerung des Wirtes ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Verlangen des Gastes ihm etwas gesetzlich oder geschäftlich Unausführbares zumutet (OLG. München Bd. 10 S. 122). L. bestreitet seine rechtliche Verpflichtung, Bier in Mengen von 1 l und 1/2 l abzugeben, nur deshalb, weil er diese Schankgefäße nicht führe. Allein es kann keine Rede davon sein, daß ihm etwas gesetzlich oder geschäftlich Unausführbares zugemutet wird. Gesetzlich Unausführbares nicht, weil ja das Gesetz selbst diese Maße ausdrücklich als Sollinhalt nicht nur gestattet, sondern sie noch ganz besonders dadurch bevorzugt, daß es bei ihnen der Bezeichnung des Sollinhalts nicht bedarf (vgl. § 1 SchankGefG. vom 20. Juli 1881 und die Begr. zum Entw. dieses Gesetzes — ReichstDrucks. 1881 Nr. 72 Bd. 3 S. 433 ff. insbes. 445). Inwiefern aber eine geschäftliche Unausführbarkeit gegeben sein soll, ist nicht erfindlich. Das BG. hat denn auch das Vorliegen eines genügenden Entschuldigungsgrundes nicht anerkannt, vielmehr das Recht des Publikums, das Bier in den „üblichen Gefäßen von 1/4, 1/2, 1 l verabreicht zu erhalten", damit begründet, daß A. ohne Schwierigkeit diese Mengen verabreichen kann und es in Bayern, wie L. wußte, bisher üblich gewesen ist, das Bier in Mengen von 1, 1/2 und 1/4 l zu verlangen, die Gäste diese Mengen auch jetzt noch verlangen und hiefür bezahlen. Darnach ist die von dem BG. festgestellte Verpflichtung des L. zur Verabfolgung der früheren Maßgrößen frei von rechtlichen Bedenken. Daran wird auch durch die Behauptung des L. nichts geändert, daß er in den zurückgeeichten Gefäßen dieselbe Menge abgebe, wie in den früheren Gefäßen. Aus der Verpflichtung des L., das Bier in Mengen von 1, 1/2 und 1/4 l abzugeben, folgt seine Verpflichtung zum Anschlag der Preise für diese einzelnen Mengen. Der Gesetzgeber hat den Art. 143 Abs. 1 PStGB. damit begründet, „daß die Konsumenten in die Lage gesetzt sein müssen, sich selbst gegen Ueberforderungen der Gewerbetreibenden augenblicklich durch Berufung auf die angeschlagene Polizeitaxe zu schützen" (s. Edel, PStGB. vom 10. November 1861 Bem. 3 zu Art. 198). Der zum Anschlag der Preise verpflichtete Gewerbetreibende genügt seiner Verpflichtung nicht schon dadurch, daß er den Preis nach einer beliebigen Maßgröße anschlägt, so daß das Publikum ihn erst durch vorherige Umrechnung zu ermitteln oder sich hierüber um Aufschluß an den Verkäufer zu wenden genötigt ist; die Preisanschläge müssen vielmehr so gehalten sein, daß sie die für die verabreichten Maße zur Erhebung kommenden Preise zweifelsfrei entnehmen lassen und daß jede Täuschung des Publikums ausgeschlossen ist (vgl. Bek. des StM. des K. H. und des Aeußeren vom 20. Mai 1913, den Bierpreisanschlag der Wirte betr. [Amtsblatt S. 456]). Dem entspricht die von L. beliebte Art und Weise des Anschlages seiner Bierpreise in bisher ganz ungebräuchlichen Maßgrößen unter Nichtangabe des Preises auch für die üblichen und verlangten Maßgrößen nicht, sie ist vielmehr geeignet, über die wirklichen Preise, zu denen der Angeklagte das Bier verabfolgt, irrezuführen, also ungenügend und der bestehenden gesetzlichen Vorschrift nicht entsprechend. Hier kommt aber nach den Feststellungen des BG. noch hinzu, daß die Gäste des L. von ihm 1 l und 1/2 l verlangen und daß er ihnen auch diese Biermengen verabreicht, allerdings in Schankgefäßen, deren Sollinhalt nicht mit 1 l und 1/2 l bezeichnet ist. Schon hieraus allein ergibt sich, ohne daß es einer besonderen Darlegung bedarf, daß L., um der ortspolizeilichen Vorschrift zu entsprechen, die Preise für die verlangten und abgegebenen Biermengen anzuschlagen hat. (Urteil vom 7. Juli 1914 Rev.-Reg. Nr. 390/1914). Ed.

3490

II.

Ist das „Leichenbitten" als Bettel zu erachten?

Der Landwirt H. beauftragte die Maurersfrau W., Verwandte und Bekannte in der Pfarrei E. zur Beerdigung seines Schwagers einzuladen und behändigte ihr einen den Auftrag bestätigenden Zettel. Die W. besorgte in der üblichen Weise das „Leichenbitten" und erhielt von den Eingeladenen kleine Gaben. Das Berufungsgericht sprach sie von der Anklage wegen Bettelns frei; die Revision des StA. wurde verworfen.

Aus den Gründen: Nach § 361 Nr. 4 StGB. wird bestraft, wer aus wirklicher oder angeblicher Dürftigkeit eine fremde Person um eine milde Gabe für seinen Lebensunterhalt angeht. Dabei wird kein ausdrückliches Fordern von Gaben vorausgesetzt; es genügt jede in schlüssiger Weise hierauf gerichtete Tätigkeit. Die Strafbarkeit des Angehens um Gaben entfällt aber aus besonderen, in sozialen Verhältnissen, in näheren Beziehungen oder in einer örtlichen Uebung liegenden Gründen. Nur dürfen solche Verhältnisse nicht bloß vorgeschützt sein, um ungestraft milde Gaben einzuheimsen; denn dann liegt versteckter Bettel vor (RG. 20, 434; GoltdA. 45, 49; ObLG. 5, 27; 12, 101). Die Angeklagte war mit dem „Leichenbitten" beauftragt, wobei es ihr überlassen blieb, die Verwandten und Bekannten des Verstorbenen herauszusuchen. Dadurch war eine gewisse Beziehung zu den einzuladenden Personen hergestellt. Festgestelltermaßen entspricht es ferner einer örtlichen Uebung („einer alten Sitte"), daß die Eingeladenen in Geld oder Lebensmitteln eine Kleinigkeit hergeben; auch ist nicht als erwiesen erachtet worden, daß sich die W. als Leichenbitterin aufgedrängt oder daß sie als solche ihre Bedürftigkeit in irgend einer Weise zu erkennen gegeben hätte. Darnach sind mit Recht alle wesentlichen Merkmale einer Uebertretung nach § 361 Nr. 4 StGB. verneint worden. (Urt. vom 26. August 1914, Rev.-Reg. Nr. 511/1914). Ed.

3439

III.

Unterschied zwischen Zolldefraude und Ordnungswidrigkeit. Der § 135 VZG. umfaßt die vollendete und die versuchte Zollhinterziehung; untauglicher Versuch.

Der Angeklagte H., ein Pferdehändler, hatte in Oesterreich ein Pferd um den von ihm als wertentsprechend erachteten Preis von 1250 K = 1062 *M* gekauft, bei der Eingangszollstation aber nur einen Preis und Wert von 1160 K = 986 *M* angegeben, um den Zollunterschied von 22 *M* (72—50 *M*) zu ersparen. Das LG. nahm die Absicht der Zollhinterziehung an, erkannte aber nach den §§ 136 Ziff. 1c, 137 Abs. 2 und 152 VZG. nur auf eine Ordnungsstrafe, weil das Pferd nach dem in der Hauptverhandlung abgegebenen Sachverständigengutachten schon zur Zeit der Deklaration nur 800—900 *M* wert, und darum die Verübung einer Defraude nach dem § 135 VZG. objektiv unmöglich gewesen sei. Das Urteil wurde aufgehoben.

Aus den Gründen: Das LG. hat die Absicht des H., den Zoll zu 22 *M* zu hinterziehen, unmittelbar aus seinem Verhalten bei der Einführung des Pferdes, der Deklaration und Kaufpreisangabe entnommen. Bei dieser Sachlage war für Anwendung des § 136 Ziff. 1c VZG. kein Raum, da die Rechtsvermutung des § 135 VZG. ihrer Natur nach nur dann in Frage kommt,

wenn die Tatbestandsmerkmale der Kontrebande oder Defraudation nicht schon anderweit unmittelbar nachgewiesen sind (RG. 47, 29 ff.; Stenglein, NebenG. 3. Aufl. S. 1118 Note 2). Da die Anwendung des § 137 Abs. 2 VZG. nur in den Fällen des § 136 unter 1 c usw. zulässig, dieser Fall aber hier nicht gegeben ist, sind diese Gesetzesstellen und der § 152 VZG. zu Unrecht als für die Entscheidung maßgebend erachtet worden. Abgesehen hievon ist mit der Feststellung der Hinterziehungsabsicht die Verhängung einer Ordnungsstrafe wegen einer Uebertretung i. S. des § 152 unvereinbar, die nur das objektive Vorhandensein einer Ordnungswidrigkeit voraussetzt (Löbe, DZollStR. 4. Aufl. Note 2 zu § 152). Darnach kommt auch der § 93 VZG. nicht in Frage (RG. 47 S. 29 ff.), auch wenn der Zoll auf Pferde ein Wertzoll ist. Nach § 135 VZG. wird gestraft, wer es unternimmt, die Ein- und Ausgangsabgaben zu hinterziehen. Unter „Unternehmen" ist jede auf die Erreichung eines bestimmten Zieles gerichtete äußere Tätigkeit zu verstehen, ohne Rücksicht darauf, ob das Ziel erreicht worden ist oder nicht, oder mit anderen Worten, der Tatbestand des § 135 VZG. ist gegeben, wenn jemand in einer Weise nach außen tätig wird, aus der die Absicht erkennbar ist, dem Zollfiskus den als geschuldet erkannten Zoll vorzuenthalten. Der Tatbestand des § 135 umfaßt daher die vollendete wie die versuchte Hinterziehung des Zolls (Löbe, Note 5 zu § 134; RG. 19, 194; 17, 35; 42, 266 ff.). In der letzteren Entscheidung hat das RG. ausgesprochen, daß zum „Unternehmen" die Versuchshandlungen — aber nicht die vorbereitenden Handlungen — gehören. Hierin im Falle des § 135 VZG. die Grenze zu finden, muß der Prüfung im Einzelfalle überlassen bleiben. H. hat seinen rechtswidrigen, auf Hinterziehung des Zolls gerichteten Willen (Vorsatz) in äußerlich erkennbarer Weise betätigt und alles getan, was nach seiner Meinung erforderlich und geeignet war, dem Zollfiskus den geschuldeten Zoll rechtswidrig vorzuenthalten. Dieser in die äußere Erscheinung getretene verbrecherische Vorsatz reicht zur Bestrafung hin, ohne Rücksicht darauf, daß der zur Verübung der Tat ausersehene Gegenstand sich nachträglich als hiezu untauglich erweist (vgl. neuerdings RG. in dem Urteile vom 2. Juni 1913, E. 47, 191 ff.). (Urt. vom 4. Juli 1914, Rev.-Reg. Nr. 364/1914). Ed.

3488

Oberlandesgericht München.

Das Gericht darf die Erlassung eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten nicht deshalb ablehnen, weil nicht feststeht, ob der Beklagte Kriegsteilnehmer ist, und der Kläger sich weigert eine Bestätigung hierüber beizubringen. Aus den Gründen: Die Fälle, in denen der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils zurückzuweisen ist, sind im § 335 ZPO. erschöpfend aufgeführt. Das Militärschutzgesetz vom 4. August 1914, das zugunsten der Kriegsteilnehmer und der von ihnen vertretenen natürlichen Personen eine Unterbrechung des Verfahrens verordnet, hat in dieser Hinsicht die Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht ergänzt. Es fragt sich daher, ob die dort bestimmte Unterbrechung des Verfahrens unter die im § 335 ZPO. enthaltenen Fälle eingereiht werden kann. Es kommen dabei nur die Sätze des Abs. 1 Nr. 1 und 2 der Gesetzesstelle in Betracht, die Nr. 3 scheidet hier von vornherein aus. 1. Der § 335 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. setzt voraus, daß die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag. In der Rechtsprechung und in der Rechtslehre wird fast widerspruchslos anerkannt, daß die Bestimmungen über die Unterbrechung des Verfahrens und ihre Wirkungen nicht zwingendes Recht sind, sondern der Parteiwillkür unterliegen und daß deshalb Verstöße gegen diese Verfahrensvorschriften nach § 295 ZPO. heilbar sind (vgl. Stein, ZPO. § 295 II, 2 b, § 249 III, § 251 II; Struckmann-Koch, ZPO. § 249, 3; Förster-Kann, ZPO. § 249, 1 b, cc; Skonietzki-Gelpcke, ZPO. § 249, 8 und die daselbst angeführten Erkenntnisse der oberen Gerichte). Die Parteien können auf die Einhaltung der nur zu ihrem Vorteile bestimmten Fristen, insbesondere auch der Einlassungsfrist wirksam verzichten (§§ 224, 249 Abs. 1 a. a. O.) und die während der Unterbrechung des Verfahrens in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind nur „der anderen Partei gegenüber" ohne rechtliche Wirkung (§ 249 Abs. 2 a. a. O.), woraus mit Recht gefolgert wird, daß die während der Unterbrechung ergangenen richterlichen Entscheidungen nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sind und durch Genehmigung der Partei, zu deren gunsten das Verfahren unterbrochen ist, vollwirksam werden (vgl. Stein a. a. O. § 249 III 2). Das Gericht hat also auch im Versäumnisverfahren nicht von Amts wegen die Frage zu berücksichtigen, ob ein Unterbrechungsgrund vorhanden ist, und ist demzufolge auch nicht berechtigt, von der das Versäumnisurteil beantragenden Partei von Amts wegen den Nachweis zu verlangen, daß kein Unterbrechungsgrund vorliegt. Nur dann, wenn ihm ein Unterbrechungsgrund bekannt ist (Stein a. a. O. § 249 IV) oder wenn sich aus den Umständen des einzelnen Falles für den Unterbrechungsgrund eine derartige Vermutung ergibt, daß dem Antragsteller der Nachweis des Gegenteils billigerweise zugemutet werden darf, kann und muß das Gericht die weiteren richterlichen Handlungen verweigern, bis klargestellt ist, daß der vermutete Unterbrechungsgrund nicht vorhanden ist. Die erstere Voraussetzung beruht auf dem Gedanken des § 291, wonach auch das Gegenteil von den Behauptungen, die ausdrücklich oder stillschweigend im Rechtsstreit aufgestellt werden, keines Beweises bedarf, wenn es bei Gericht offenkundig ist; die zweite Voraussetzung entspricht den Regeln, die sich aus dem im § 286 bestimmten Grundsatze der freien Beweiswürdigung ergeben (vgl. dazu Stein a. a. O. § 282 IV 7). Die Vorschrift in § 331 Abs. 1 ZPO. steht nicht entgegen, da es sich dabei nicht um eine klagebegründende Tatsache handelt. Das Militärschutzgesetz enthält für das hinsichtlich der Unterbrechung zu beobachtende Verfahren keine besonderen Vorschriften; als ein die Zivilprozeßordnung ergänzendes Gesetz muß es seine eigene Ergänzung aus diesem Gesetz entnehmen, sofern nur sein besonderer Zweck keine andere Beurteilung erheischt (vgl. dazu auch die Begründung des Entwurfs zu § 2 Abs. 4 und Nr. II, 1 bayer. VollzBek. vom 16. Aug. 1914). Das letztere trifft aber für die hier zu entscheidende Frage nicht zu. Der Schutz, der dem Kriegsteilnehmer und der von einem solchen vertretenen natürlichen Person billigerweise gewährt werden muß, wird unter Ausgleichung mit den gegenteiligen Interessen vom Gesetze dadurch erstrebt, daß dieser Person und ihrem Gesamtrechtsnachfolger (§ 239 ZPO.) gegen das im unterbrochenen Verfahren erlassene Urteil der Einspruch, die ordentlichen Rechtsmittel und die Nichtigkeitsklage zustehen (§§ 338, 511, 545, 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.), daß nach den §§ 5 und 6 MilSchutzG. die Zwangsvollstreckung gegen einen Kriegsteilnehmer erheblichen Beschränkungen unterliegt und die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kriegsteilnehmers nur auf dessen Antrag zulässig ist. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Vorschriften einen ausreichenden Schutz erreichen; maßgebend ist, daß das Gesetz ihn für zureichend erachtete, wie deutlich die Begründung des Gesetzentwurfes zu § 5 ergibt. Mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes wird hiebei allerdings davon ausgegangen sein, daß das Vollstreckungsorgan und das Konkursgericht die ihnen angesonnene, nach dem Mil.-SchutzG. aber unzulässige Maßnahme nur dann vornehmen dürfen, wenn ihnen glaubhaft nachgewiesen ist, daß der Gegner kein Kriegsteilnehmer ist; bei der Befriedigungshandlung muß hier im Auge behalten werden, daß die Rechte des Kriegsteilnehmers unwiderbringlich verloren sein könnten, wenn nicht von Amts

wegen die Zulässigkeit der Maßregel geprüft werden dürfte. Wird daher ein Versäumnisurteil begehrt, so darf das Prozeßgericht, da mit dem Antrage stillschweigend behauptet wird, daß der Gegner weder ein Kriegsteilnehmer noch eine von einem solchen vertretene natürliche Person ist, in eine Prüfung dieser Verhältnisse nur dann eintreten, wenn das Gegenteil entweder ihm schon bekannt oder doch nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu vermuten ist. Diese Vermutung wird namentlich dann begründet sein, wenn die Klage nach § 203 ZPO. öffentlich, nach § 182 durch Niederlegung an drittem Orte oder nach §§ 181—186 durch Ersatzzustellung zugestellt wurde und letzteren Falles aus den Erklärungen des Empfängers oder Dritter, die vom Zustellungsbeamten in die Zustellungsurkunde aufzunehmen sein werden, sich ergibt, daß derjenige, dem zugestellt werden soll, zu den vom Gesetze geschützten Personen gehört. Es wird hierdurch nicht ausgeschlossen, daß wie sonst so auch hier das Prozeßgericht nach § 432 oder § 144 ZPO. sei es auf Antrag des Klägers oder von Amts wegen von Behörden amtliche Auskünfte oder Gutachten erholt, um so die Kriegsteilnehmereigenschaft des Beklagten oder seines Vertreters ausreichend klarzustellen (vgl. dazu auch Stein ZPO. vor § 373 V). Eine zu enge Auffassung vertritt hier Förder (JW. 1914 S. 814), wenn er die Prüfung des Gerichts nur von der Parteitätigkeit abhängig machen will. — 2. Auch die Vorschrift im § 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. führt zu keinem anderen Ergebnis. Danach ist der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils dann abzulehnen, wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war. Sowohl der § 2 wie der § 9 Abs. 2 MilSchutzG. setzen voraus, daß gegen einen Kriegsteilnehmer oder gegen eine von einem solchen vertretene natürliche Person eine Klage durch Zustellung rechtshängig gemacht werden kann. Das Gesetz läßt Rechtsstreite gegen solche Personen „anhängig werden", es läßt diese „verklagen"; ein Rechtsstreit wird aber nach § 263 ZPO. nur dadurch anhängig, daß die Klage erhoben, sohin nach § 213 dieses Gesetzes die Klageschrift dem Beklagten zugestellt wird. Verfehlt ist es, schon der Einreichung der Klageschrift bei Gericht zur Terminsbestimmung die Wirkung der Anhängigkeit beizumessen (so Sieskind, Prozeßrechtlicher Schutz der Kriegsteilnehmer S. 11); Anhängigkeit und Rechtshängigkeit einer Klage sind stets dieselben Begriffe. Zu der gleichen Auffassung gelangt man, wenn man den Begriff der Unterbrechung einer Prüfung unterstellt. Jede Unterbrechung eines Prozeßverfahrens setzt voraus, daß der Rechtsstreit rechtshängig geworden ist, weil etwas, was nicht vorhanden ist, nicht unterbrochen werden kann. Die Vorschriften in den §§ 239 bis 245 ZPO. lassen deutlich erkennen, daß das Verfahren auch i. S. des Gesetzes nur dann „unterbrochen" zu werden vermag, wenn die den Fortgang des Rechtsstreits hindernde Tatsache nach der Erhebung der Klage, nach der Rechtshängigkeit der Streitsache eingetreten ist (RG. in JW. 1895 S. 324; GruchotsBeitr. 39, 1138; OLG. 3, 136). Für die Anwendung des MilSchutzG. folgt hieraus, daß gegen eine der hierin geschützten Personen die Klage noch rechtsgültig erhoben und ihnen wirksam zugestellt werden kann, daß aber unmittelbar im Anschluß an die Zustellung das Verfahren als unterbrochen anzusehen ist. Auch die Begründung des Entwurfes zum MilSchutzG. bei § 2 wie die bayer. VollzBek. vom 16. August 1914 stehen auf diesem Standpunkte. Dort ist ausdrücklich bemerkt, die Erhebung der Klage, die erst die Rechtshängigkeit begründe, sei zulässig und wirksam, was schon in den Worten des § 2 „oder anhängig werden" angedeutet sei, auch aus dem Begriffe der Unterbrechung folge und daher einer weiteren Hervorhebung im Gesetze nicht bedürfe; in der Regel freilich werde die Erhebung der Klage tatsächlich unterbleiben, weil, wenn auch ein Urteil, doch immerhin kein wirksames Urteil einstweilen erzielt werden könne. Dieselbe Ansicht wird auch von Mannsfeld (BayZfR. 10, 333) vertreten. Wenn ihr gegenüber Kipp (DJZ. 19, 1026) darauf hinweist, daß es sich um „Buchstaben-Jurisprudenz" handle, wenn man ein Verfahren erst dann unterbrechen lassen wolle, wenn es begonnen habe, so übersieht er, daß seine Auffassung nicht nur dem Sprachgebrauche, sondern auch dem Wortlaut und der Absicht des Gesetzes widerspricht und für den Gläubiger Härten schafft, die mit Rücksicht auf die prozeß- und die bürgerlich-rechtlichen Folgen der Klageerhebung nicht mehr einen Ausgleich der beiderseitigen Interessen sondern eine das billige Maß überschreitende Begünstigung der Kriegsteilnehmer bedeuten würde. Ist aber die Klageerhebung gegen die in den §§ 2 und 9 MilSchutzG. genannten Personen zulässig und wirksam und wird das Verfahren gegen sie erst unmittelbar im Anschluß an die Klagezustellung unterbrochen, so ist auch die Bestimmung des Verhandlungstermins zulässig und wirksam, da diese der Klagezustellung vorauszugehen hat (§ 261 ZPO.). In gleicher Weise ist die Ladung gültig, weil diese schon in der Klageschrift enthalten ist (§ 253 a. a. O.). Auch die durch das MilSchutzG. geschützten Personen sind dann durch die Zustellung der Klageschrift i. S. des § 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. ordnungsmäßig geladen, sie sind es auch rechtzeitig, d. h. unter Wahrung der Einlassungsfrist, solange nicht für das Gericht in der unter Nr. 1 bezeichneten Weise der Unterbrechungsgrund des MilSchutzG. dargetan ist, weil insolange die Unterbrechung des Verfahrens und damit auch das Aufhören des Fristenlaufs (§ 249 a. a. O.) nicht zu berücksichtigen ist. Mit diesen Ausführungen wird auch die bayer. Vollz.-Bek. vom 16. August 1914 (A II 1 Abs. 4 a. E.) nicht im Widerspruche stehen, insofern sie dem Prozeßgericht hinsichtlich des Unterbrechungsgrundes nicht eine „Berücksichtigung" von Amts wegen ansinnt und mit der Prüfung von Amts wegen sichtlich nur die Vorschrift des § 144 ZPO. im Auge hat. Wenn Mannsfeld a. a. O. meint, der Kläger habe stets glaubhaft zu machen, daß der Beklagte, ob Mann oder Frau, nicht kriegsbeteiligt sei, so liegt dem gegenüber auf der Hand, daß die Durchführung dieser Auffassung erheblichen Schwierigkeiten begegnet, den Verkehr in ungemessener Weise belastet, die Klageerhebung grundlos verzögert und möglicherweise den Gläubiger unnötig schädigt. Sie begünstigt grundlos säumige Schuldner, die nicht Kriegsteilnehmer sind, während die Kriegsteilnehmer ausreichend vom Gesetze geschützt sind, wenn die hier vertretene Ansicht richtig zur Geltung gebracht wird. (Beschl. des IV. ZS. vom 28. Okt. 1914, Beschw.-Reg. Nr. 661/14).

2477 Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Oswald in München.

Berichtigung: In Nummer 23 ist auf S. 431 in der zweiten Spalte zwischen den Zeilen 21 und 22 einzuschalten: „den Anspruch unter b sowie".

Landgericht Memmingen.

Zu Art. 101 PStGB.: Kann die Baupolizeibehörde das Anstreichen von Fensterläden verlangen? Verjährung von Baupolizeiübertretungen. Die Baupolizeibehörde genehmigte einem Taglöhner einen Wohnhausbau unter der Bedingung, daß die Fensterläden dunkelgrün angestrichen werden. Bei der Baukontrolle stellte sich heraus, daß die Fensterläden nur geölt waren. Die Kosten der Streichung hätten 30 M betragen. Das Bezirksamt verlangte Strafeinschreitung. Das SchG. sprach frei; die Berufung des AA. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: Die Anklage stützt sich auf Art. 101 Abs. 1 und 3 PStGB. und die distriktspol. Vorschriften vom 10. Februar 1911 betr. Heimatschutz, sowie auf § 367 Nr. 15 StGB. Nach Art. 101 Abs. 3 PStGB. können um der Verschönerung willen baupol. Vorschriften durch distriktspol. Vorschriften getroffen werden. Auf Grund des Art. 22b und des Art. 101

Abs. 3 hat das Bezirksamt distriktspolizeiliche Vorschriften zum Schutz des orts- und landschaftlichen Bildes erlassen. Nach deren § 6 sind innerhalb der von der Baupolizei gesetzten Frist häßliche Außenteile eines Gebäudes instand zu setzen. Nach § 10 unterliegt jede Aenderung der Fassaden von Gebäuden an Straßen usw. der baupol. Genehmigung. Eine Aenderung der Fassade kommt aber bei dem Anstreichen der Fensterläden nicht in Betracht. Die „Instandsetzung" eines häßlichen Außenteils setzt einen Verfall voraus, der hier ausgeschlossen ist. Beide Bestimmungen versagen somit. Bessere Aussicht hätte die Berufung auf § 1 gehabt, der verlangt: „Bei allen baulichen Vornahmen ist in Form, Stoff und Farbe auf die Erhaltung und Schaffung eines befriedigenden Gesamtbildes und, wenn tunlich, auf die heimische Bauweise Rücksicht zu nehmen." Aber nach der Entscheidung des ObLG. vom 11. Nov. 1911 (BayZR. 1912 S. 114) können sich baupol. Auflagen zur Verschönerung nur auf die Gesamtanlage und die wesentlichen Bestandteile eines Gebäudes, nicht aber auf die Anbringung von beweglichen Beigaben wie Schmuckfiguren, Fensterläden usw. erstrecken, weil Gegenstände dieser Art nicht wesentliche Bestandteile eines Gebäudes sind und es — nach einem Ausdrucke im Landtage — ein „Mißbrauch der Verschönerungssucht" sein würde, wenn trotzdem die Genehmigung eines Baugesuches von der Anbringung solcher Gegenstände abhängig gemacht würde (vgl. auch ObLGSt. 11, 340; 9, 254). Die Baupolizeibehörde kann also nicht die Anbringung von Fensterläden verlangen, noch weniger eine bestimmte Farbe des Anstriches vorschreiben.

Nach § 367 Nr. 15 StGB. wird ein Bauherr bestraft, der beim Bau eigenmächtig von dem durch die Behörde genehmigten Bauplan abweicht. Früher wurde die Ansicht vertreten, daß jede eigenmächtige Abweichung strafbar macht (ObLGSt. 1, 252; 4, 231); sie ist längst dahin geändert, daß die der Genehmigung beigefügten besonderen Anordnungen usw. in der Bauordnung oder in sonstigen Verordnungen, in ober- und ortspolizeilichen Vorschriften begründet sein müssen (ObLGSt. 4, 150; 5, 107; 8, 285; 9, 24; 11 388/9). Nach dem oben Ausgeführten kann aber die bezirksamtliche Anordnung nicht auf Art. 101 Abs. 3 PStGB. und die distriktspol. Vorschriften gegründet werden; auch die Bauordnung enthält keine solche Ermächtigung. Die von der Baupolizeibehörde auferlegte Bedingung ist unwirksam, ihre Nichteinhaltung nicht strafbar.

Uebrigens wäre die Strafverfolgung verjährt. Die feststehende Rechtsprechung des ObLG. geht dahin, daß ein Bau mit der Vollendungsanzeige der Ortspolizeibehörde an die Baupolizeibehörde rechtlich als vollendet gilt (§ 73 BauO.). Mit diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährung, soweit nicht etwa ein gefahrdrohender Zustand geschaffen wurde. Die Fortdauer des Geschaffenen, nur ordnungswidrigen Zustandes ist belanglos (vgl. RGSt. 26, 261 u. 37, 79). Belanglos ist, daß das Bezirksamt noch vor der Verjährung dem K. eine neue Aufforderung zugehen ließ und daß es ihm später eine Vollzugsfrist bis zum 1. Dezember 1913 setzte. Diese Handlungen unterbrachen die Verjährung nicht und brachten sie mangels gesetzlicher Vorschrift auch nicht zum Ruhen (§ 67 StGB.). Die Entscheidung des OLG. München 2, 516 betrifft die Herbeiführung eines gefahrdrohenden Zustandes; die Ausführungen über Erstreckung der Verjährung durch Fristbestimmung der Baupolizeibehörde widersprechen der angeführten neuen Rechtsprechung, haben übrigens nur die Herbeiführung eines feuergefährlichen Zustandes im Auge. In diesem Fall ist die Verjährung auch ohne Fristbestimmung gehemmt (ObLGSt. 3, 133; 5, 109). (Urt. vom 12. März 1914, Ber.-Reg. 27/14). M.

3337

Bücheranzeigen.

Siesking, Dr. J., Landrichter a. D. Prozeßrechtlicher Schutz der Kriegszeit. Berlin 1914, J. Guttentag G.m.b.H. Preis 1.60 Mk.

Das Büchlein — es enthält 70 Seiten im Oktavformat — ist ein Kommentar zu dem Ges. vom 4. Aug. 1914, betr. den Schutz der infolge des Krieges an Wahrnehmung ihrer Rechte behinderten Personen. In einem Anhang sind beigefügt das Ges. v. gl. Tage über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen und über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse, ferner die im Vollzug dieses Gesetzes in der Zeit vom 6.—18. August 1914 ergangenen Bekanntmachungen des Reichskanzlers und fünf Verfügungen des preußischen Justizministers. Das Buch ist eine eingehende und gründliche Arbeit und geeignet, der Praxis gute Dienste zu leisten. In einigen Punkten kommt der Verfasser zu anderen Ergebnissen als die systematische Darstellung des Rechtes, die das bayerische Justizministerium in der Bek. vom 16. August 1914 (JMBl. 141) brachte, so in der Auslegung des Wortes „anhängig" in § 2 des Ges. vom 4. August 1914, woraus er insbesondere folgert, daß bei neuen Klagen eine Terminsansetzung nicht mehr stattfindet. Schi....

v. Seiner, Karl August, K. Oberregierungsrat. Das Gesetz über den Kriegszustand vom 5. November 1912 in der Fassung vom 6. August 1914. Mit Erläuterungen und einem Anhang. 111 S. München 1914, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck. Geb. Mk. 1.—.

Das Büchlein ist ein guter Führer durch ein wohl nur den allerwenigsten Juristen bekanntes Rechtsgebiet. Es enthält in seinem Hauptteil außer dem Gesetz vom 5. November 1912 noch die Bekanntmachungen vom 13. und 17. März 1913, die Vollzugsvorschriften zu dem Gesetz über den Kriegszustand sowie die Vollstreckung der militärgerichtlich und standrechtlich erkannten Todesstrafen betreffend. Im Anhange finden wir unter elf Nummern die einschlägigen Reichs- und Landesgesetze, unter Nr. 2 ein sehr bedauerliches Ueberbleibsel aus alter Zeit: „Die in der Pfalz in bezug auf den Kriegszustand geltenden französischen Gesetze" (!) Daß ihre Geltung bestritten ist, macht die Sache kaum erfreulicher. —t.

Maier, Julius, Gerichtsassistent in Zusmarshausen. Deutsche Rechtsanwaltsgebührenordnung. 102 S. 1914. Im Selbstverlag des Verfassers. Preis Mk. 1.20.

Das Büchlein scheint mir eine besondere Empfehlung zu verdienen. Denn es bringt eine alphabetische Gebührenordnung: in der ersten Spalte, alphabetisch geordnet, mehr als ein Sachregister, in der zweiten die Höhe der Gebühren, in der dritten die einschlagenden Paragraphen der Gebührenordnung und in der vierten größten Spalte erläuternde Bemerkungen. Beigegeben sind eine Wertstufentabelle bis 100 000 Mk. mit $^{10}/_{10}$, $^{5}/_{10}$, $^{3}/_{10}$, $^{2}/_{10}$, $^{1}/_{10}$ Gebühr nebst Pauschale und ein Abdruck der Gebührenordnung, in dem zum mindesten die Verweisungen (z. B. in § 20) durch Abdruck hätten erleichtert werden sollen.

Jena. Rechtsanwalt Dr. Böckel.

Verantwortl. Herausgeber i. V.: E. Eckert, Landgerichtsrat im Staatsministerium der Justiz.

Eigentum von J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier) München, Berlin und Leipzig.
Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie. (Inh. Arthur Sellier) München und Freising.

